

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen.....	7
<i>Obergericht</i>	
I. Zivilrecht	
A. Familienrecht	25
II. Zivilprozessrecht	
A. Zivilprozessordnung	33
III. Anwaltsrecht	39
IV. Strafprozessrecht.....	53
<i>Versicherungsgericht</i>	67
<i>Verwaltungsgericht</i>	
I. Strassenverkehrsrecht	95
II. Straf- und Massnahmenvollzug	97
III. Kantonale Steuern.....	123
IV. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht.....	153
V. Submissionen.....	197
VI. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO.....	221
VII. Sozialhilfe	223
VIII. Grundbuchrecht	243
IX. Gesundheitsrecht.....	253
X. Einbürgerungen.....	261
XI. Enteignungsrecht	271
XII. Verwaltungsrechtspflege.....	275
<i>Steuerrekursgericht</i>	
I. Kantonale Steuern	
A. Steuergesetz (StG) vom 15. Dezember 1998	301
II. Bundessteuern	
A. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom	
14. Dezember 1990.....	325

<i>Landwirtschaftliche Rekurskommission</i>	
I. Direktzahlungen.....	333
II. Güterregulierung.....	349
<i>Schätzungskommission nach Baugesetz</i>	
I. Erschliessungsabgaben	355
<i>Rekursgericht im Ausländerrecht</i>	
I. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht.....	359
II. Beschwerden gegen Einspracheentscheide des Migrationsamts	383
<i>Personalrekursgericht</i>	
I. Arbeitszeugnis	411
II. Auflösung Anstellungsverhältnis.....	419
III. Besoldung	439
<i>Verwaltungsbehörden</i>	
I. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht.....	447
II. Stimm- und Wahlrecht.....	485
III. Gemeinderecht	489
IV. Vollzug Arbeitsgesetz.....	501
<i>Sachregister</i>	
Sachregister.....	507
<i>Gesetzesregister</i>	
Gesetzesregister	547

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
ArGV 4	Verordnung 4 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 (SR 822.114)

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	Entscheidung 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)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
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	Bundsratsbeschluss
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
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 Umweltrecht, EG UWR	Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässer vom 4. September 2007 (SAR 781.200)
EG ZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27. März 1911 (SAR 210.100)
aEGAR	(ausser Kraft) Einführungsgesetz zum Ausländerrecht vom 14. Januar 1997
EGAR	Einführungsgesetz zum Ausländerrecht vom 25. November 2008 (SAR 122.600)
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 (BB1 1988 III 173 ff.)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAT	Eidgenössische Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik
FFE	Fürsorgerische Freiheitsentziehung
FG	Gesetz über das Feuerwehrewesen 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 (Gemeindegesezt) vom 19. Dezember 1978 (SAR 171.100)
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau vom 24. März 1995 (SR 151.1)
GKP	Generelles Kanalisationsprojekt
GND	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
HRRegV	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)
HSD	Dekret zum Schutz der Hallwilerseelandschaft (Hallwilerseeschutzdekret) vom 13. Mai 1986 (SAR 787.350)
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)
KBüG	Gesetz über das Kantons- und Gemeindebürgerrecht vom 22. Dezember 1992 (SAR 121.100)
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)
LBV	Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen vom 7. Dezember 1998 (SR 910.91)
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 Militärflichtersatz vom 12. Juni 1959 (SR 661)
MPV	Verordnung über den Militärflichtersatz vom 20. Dezember 1971
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (SR 833.1)
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)
PolG	Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005 (SAR 531.200)
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.)
SMV	Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 9. Juli 2003 (SAR 253.111)
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	Steuergesetz (Gesetz über die Steuern auf Einkommen, Vermögen, Grundstücksgewinnen, Erbschaften und Schenkungen) vom 13. Dezember 1983
StG	Steuergesetz vom 15. Dezember 1998 (SAR 651.100)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
aStGV	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 Vergabung 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
V EG UWR	Verordnung zum Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässer vom 14. Mai 2008 (SAR 781.211)
VAE	Verordnung über die Abwassereinleitungen vom 8. Dezember 1975
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen vom 23. Juni 1978 (SR 961.01)
VALL	Verordnung über die Anstellung und Löhne der Lehrpersonen (SR 411.211)
VASStG	Verordnung zum Aktiensteuergesetz vom 27. März 1972
VAV	Verordnung über die amtliche Vermessung vom 18. November 1992 (SR 211.432.2)
VBB	Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VBG	Verordnung über die Bewertung der Grundstücke vom 4. November 1985 (SAR 651.212)
VBLN	Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977 (SR 451.11)
VBVO	Kantonale Verordnung über den Vollzug der Bundesvorschriften über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 22. Juni 1987 (SAR 122.363)
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)
aVRPG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968 (SAR 271.100)
VRPG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 (SAR.271.200)
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)
VZAE	Verordnung über die Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (SR 142.201)
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)
WnD	Wassernutzungsabgabendeckret vom 18. März 2008 (SAR 764.110)
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. Zivilrecht

A. Familienrecht

- 1 **Art. 137 ZGB; Unterhalt im Präliminarverfahren**
Nur bei der erstmaligen Festsetzung von vorsorglichem Unterhalt nach Rechtskraft der Scheidung bedarf es einer positiven Prognose im Unterhaltspunkt im Hauptverfahren. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für die Dauer des Scheidungsverfahrens vor rechtskräftiger Scheidung werden hingegen keine ehebedingten Nachteile vorausgesetzt. Die Höhe des vorsorglichen Unterhalts richtet sich in beiden Fällen nach den Art. 163 bis 165 ZGB, wobei dem mit der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes verfolgten Zweck der Aufhebung der Lebensgemeinschaft insofern Rechnung zu tragen ist, als der wirtschaftlichen Selbständigkeit (Eigenversorgungskapazität) grösseres Gewicht zugemessen wird.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 21. September 2009 i.S. M.F. gegen M.K.F.

Aus den Erwägungen

3.1.

Der Kläger macht in der Beschwerde unter Berufung auf Six (Eheschutz, Bern 2008, N 2.67), der auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 12. März 2007 (ZSU.2005.421) verweist, und Gloor (Basler Kommentar, N 10 zu Art. 137 ZGB) geltend, der Eheschutz- resp. Präliminarrichter habe insbesondere von der Zuspreehung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen abzusehen, wenn mit einer Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu rechnen ist und mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Scheidungsverfahren kein nachehelicher Unterhalt nach Art. 125 ZGB zu erwarten ist. Das Scheidungsurteil vom 30. April 2009 verpflichtete den Kläger zu keinen nachehelichen Unterhaltszahlungen, zumindest sofern und so lange sich seine finanzielle Lage nicht wesentlich verbessere.

Damit habe die Unterhaltspflicht des Klägers bereits ab dem Zeitpunkt zu entfallen, an dem mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft zu rechnen gewesen sei. Dies sei mindestens ab Einreichung der Abänderungsklage vom 25. Januar 2008 anzunehmen. Zudem hätten die Parteien bereits seit dem November 2003 getrennt gelebt, bei Klageeinreichung also bereits seit über vier Jahren.

3.2.

Dem zitierten Urteil der 5. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. März 2007 (ZSU.2005.421) lag die Situation zu Grunde, dass die Ehe der Parteien zur Zeit des Beschwerdeentscheides des Obergerichts im Präliminarverfahren bereits rechtskräftig geschieden, im Hauptverfahren im Unterhaltspunkt aber noch eine Appellation hängig war. Das Obergericht führte in diesem Zusammenhang aus, Art. 137 Abs. 2 Satz 2 ZGB sehe vor, dass vorsorgliche Massnahmen auch dann angeordnet werden können, wenn die Ehe aufgelöst ist, aber das Verfahren über die Scheidungsfolgen fort dauert. Entsprechend der allgemeinen Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei erforderlich, dass der Ansprecher auf vorsorglichen Unterhalt angewiesen ist, wobei sich nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (Art. 137 Abs. 2 Satz 3 ZGB) die Höhe des vorsorglichen Unterhalts grundsätzlich am ehelichen (Art. 163 ZGB) und nicht am nachehelichen (Art. 125 ZGB) Unterhalt orientiere. Für die Zusprechung von vorsorglichem Unterhalt über die rechtskräftige Scheidung hinaus bedürfe es zusätzlich einer gewissen Prognose im Unterhaltspunkt im Hauptverfahren; dem Massnahmegericht müsse die Möglichkeit zugestanden werden, vorsorgliche Unterhaltsbeiträge zu verweigern, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Scheidungsverfahren kein nachehelicher Unterhalt nach Art. 125 ZGB zu erwarten sei (Erw. 3.3.2). Im vorliegenden Fall geht es demgegenüber um die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen bis zur Rechtskraft der Scheidung. Diese Ansprüche wurden auch im Obergerichtsurteil vom 12. März 2007 unabhängig von einer Prognose hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts im Hauptverfahren beurteilt. Der Kläger kann daher aus diesem Urteil nichts für seinen Standpunkt herleiten. Gleich verhält es sich mit der vom Kläger zi-

tierten Lehrmeinung. Gloor (Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2006, 3. Aufl., N 10 zu Art. 137 ZGB) differenziert zwar nicht zwischen vorsorglichen Massnahmen vor und nach Rechtskraft der Scheidung, verweist für seine Auffassung, die Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge könne verweigert werden, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Endurteil kein Unterhaltsbeitrag nach Art. 125 ZGB zu erwarten ist, aber auf ZR 100 Nr. 4 und Sutter/Freiburghaus (Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 41 und 45 f.). Beide Zitatstellen befassen sich ebenfalls mit der Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge nach rechtskräftiger Scheidung. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass das Scheidungsgericht eine lebensprägende Ehe und einen auf zwei Jahre befristeten Unterhaltsanspruch der Beklagten bejaht (vgl. Scheidungsurteil, Erw. 5.6.2), zur Zeit aber mangels Leistungsfähigkeit des Klägers von der Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages abgesehen (Scheidungsurteil, Erw. 5.5.5) und einen Vorbehalt gemäss Art. 129 Abs. 3 ZGB ins Urteil aufgenommen hat.

Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für die Dauer des Scheidungsverfahrens vor rechtskräftiger Scheidung können insbesondere bei der Frage der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien (Art. 125 ZGB) mit einbezogen werden (BGE 128 III 65 ff.). Diese Mitberücksichtigung der Kriterien für den Scheidungsunterhalt bedeutet nun jedoch nicht, dass der eheliche Unterhalt bereits nach den Regeln über den nachehelichen Unterhalt bemessen wird. Art. 125 ZGB kommt nicht direkt zur Anwendung; Grundlage des Unterhaltsanspruchs eines Ehegatten während der ganzen Dauer der Ehe bleibt ausschliesslich Art. 163 bis 165 ZGB und bemisst sich dieser nach der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes nach wie vor nach diesen Bestimmungen. Während der Ehe haben beide Ehegatten Anspruch auf grundsätzlich gleiche Teilhabe an der vereinbarten Lebenshaltung (BGE 119 II 314 Erw. 4b/aa) und auch während des Scheidungsverfahrens nicht nur auf Ausgleich ehebedingter Nachteile. Dem mit der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes verfolgten Zweck der Aufhebung der Lebensgemeinschaft wird aber

insofern Rechnung getragen, als der wirtschaftlichen Selbständigkeit (Eigenversorgungskapazität) grösseres Gewicht zugemessen wird.

2 Art. 176 ZGB

Prozesserledigung im Eheschutzverfahren aufgrund einer von den Parteien getroffenen Vereinbarung.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 24. August 2009 i.S. A.S.-Z. gegen G.S.

Aus den Erwägungen

Die von der Vorinstanz gewählte Verfahrenserledigung in den von den Parteien durch Vergleich erledigten Punkten (darunter Unterhalt) ist problematisch. Anders als im Scheidungsrecht bedürfen in einem Eheschutzverfahren geschlossene Vereinbarungen keiner richterlichen Genehmigung. Folglich hat der Eheschutzrichter dem kantonalen Prozessrecht entsprechend das Verfahren insoweit, als es um der Parteidisposition unterliegende Ansprüche geht (so der Anspruch auf persönlichen Unterhalt eines Ehegatten), als durch Vergleich erledigt von der Kontrolle abzuschreiben, was in einem ein Urteilssurrogat darstellenden Abschreibungsentscheid geschieht (während die Genehmigung einer Konvention in Urteilsform erfolgt). Hinsichtlich der der Offizialmaxime unterliegenden Ansprüche (so der Anspruch auf Kinderunterhalt und andere Kinderbelange) hat der Eheschutzrichter dagegen - nicht anders als der Scheidungsrichter - eine autoritative Anordnung in Urteilsform zu treffen (die materiell dem von den Eltern in der Vereinbarung gestellten gemeinsamen Antrag entsprechen kann).

3 Art. 279 und 287 Abs. 3 ZGB

Das mit der Unmündigenunterhaltsklage befasste Gericht, das sich mit der Genehmigung einer zwischen dem Kinderbeistand und dem Vater geschlossenen Unterhaltsvereinbarung begnügt, ohne die Kindesmutter angehört zu haben, begeht dieser gegenüber eine Gehörsverletzung.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, vom 23. Juni 2009
i.S. V.B. gegen H.Sch.

Sachverhalt

Die Gemeinde X bestellte der am 16. April 2008 geborenen Klägerin mit Beschluss vom 7. Juli 2008 eine Beiständin nach Art. 308 und 309 ZGB, die beim Bezirksgericht Y. eine Unterhaltsklage gemäss Art. 279 ZGB einleitete. Das Bezirksgericht beendete das Verfahren durch Genehmigung eines unter seiner Mitwirkung zwischen dem Vater (Beklagten) und der Beiständin der Klägerin zustande gekommenen Unterhaltsvertrags, ohne die Kindsmutter angehört zu haben, obwohl diese - wie das Gericht über die Beiständin erfahren hatte - den Vergleich ablehnte.

Aus den Erwägungen

1.1.

Erfordern es die Verhältnisse, so ernennt die Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 308 ZGB dem Kind einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (Abs. 1). Die Vormundschaftsbehörde kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte sowie die Überwachung des persönlichen Verkehrs (Abs. 2). Die elterliche Sorge kann entsprechend beschränkt werden (Abs. 3).

Der gestützt auf Art. 308 Abs. 1 ZGB ernannte Beistand hat die Aufgabe, die Eltern in ihrer Sorge um das Kind zu unterstützen; er hat somit keine eigenen Befugnisse, sondern kann nur nach Absprache mit den Eltern und mit deren Einverständnis handeln. Erst im Rahmen der ihm erteilten besonderen Befugnisse im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB ist er zu eigenem, vom Willen der Eltern unabhängigen Handeln ermächtigt (Guler, Die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB, in: ZVW 1995, S. 51 ff., S. 61 ff.). Werden dem Beistand

besondere Befugnisse übertragen, ist daher der Inhalt des Auftrages präzise festzulegen (BGE 118 II 242; Breitschmid in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N. 6 zu Art. 308 ZGB; Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 121 zu Art. 275 ZGB; Guler, a.a.O., S. 63).

Wo nicht ein Teilentzug der elterlichen Sorge (Art. 308 Abs. 3 ZGB) erfolgt, führt die Beistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu einer konkurrierenden Zuständigkeit des Beistandes neben dem Inhaber der elterlichen Sorge (Breitschmid, a.a.O., N. 5 zu Art. 308 ZGB; Guler, a.a.O., S. 63; Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, Freiburg 1996, S. 287 f. und 361 ff.; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999, Rz. 27.24). Das Kind hat dann zwei gesetzliche Vertreter, einen ordentlichen, den Inhaber der elterlichen Sorge, und einen ausserordentlichen, den Erziehungsbeistand (Biderbost, a.a.O., S. 281 f. und 362 f.; Hegnauer, Grundriss, a.a.O., Rz. 27.24).

1.2.-2.1.

(...)

2.2.

Dem Beklagten ist insoweit zuzustimmen, als der zur Vertretung des Kindes bei der Wahrung des Unterhaltsanspruches bestellte Beistand aufgrund seiner konkurrierenden Zuständigkeit neben dem Inhaber der elterlichen Sorge auch ohne dessen Zustimmung rechtmässig mit dem Unterhaltspflichtigen einen Unterhaltsvertrag abschliessen kann (Breitschmid, a.a.O., N. 5 zu Art. 308 ZGB; ZVW 1994 S. 165). Vorliegend verhält es sich allerdings so, dass die Vorinstanz den Anspruch der Kindsmutter auf rechtliches Gehör verweigert hat, indem sie sich auf die schlichte Genehmigung der von der Beiständin der Klägerin sowie vom Beklagten unterzeichneten Vereinbarung beschränkt hat, dies umso mehr als sie wusste, dass die Kindsmutter diese Vereinbarung ablehnte. Auch in dem vom Beistand gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZGB namens des Kindes angehobenen Unterhaltsprozess ist nämlich die Kindsmutter als Inhaberin der elterlichen Sorge berechtigt, eigene Anträge zu stellen (BGE 5P.468/2000 Erw. 2c; Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 24b zu Art. 279/280 ZGB; Hegnauer, Berner Kommentar, Bern

1984, N. 17 zu Art. 261 ZGB) und gegen die Genehmigung eines mit Zustimmung des Beistandes abgeschlossenen Unterhaltsvertrages Beschwerde zu führen (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1969, N. 117 zu aArt. 319 ZGB), sofern ihre Elternrechte nicht vorgängig gestützt auf Art. 308 Abs. 3 ZGB beschränkt worden sind. Die Kindsmutter war daher im Unterhaltsprozess des Kindes anzuhören, zumal für die Festlegung des Unterhaltsbeitrages die Lebensstellung und Leistungsfähigkeit beider Elternteile massgebend sind (Art. 285 Abs. 1 ZGB) und deshalb im Rahmen der für die Kinderbelange geltenden Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 280 Abs. 2 ZGB) stets auch die Verhältnisse der Kindsmutter abzuklären sind, denn mit dem Unterhaltsentscheid wird indirekt auch deren elterlicher Unterhaltsbeitrag festgelegt (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 59 zu Art. 287/288 ZGB; Metzler, Die Unterhaltsverträge nach dem neuen Kindesrechts [Art. 287 und 288 ZGB], Diss., Zürich 1980, S. 93 Anm. 1 und S. 348; Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1969, N. 117 zu aArt. 319 ZGB).

II. Zivilprozessrecht

A. Zivilprozessordnung

4 § 184 f. ZPO; Art. 368 OR

Beim während eines hängigen Prozesses erklärten Wechsel von einem Mängelrecht aus Werkvertrag zu einem andern handelt es sich um die Ausübung eines Angriffs- bzw. Verteidigungsmittels im Sinne des Novenrechts. Demgemäss ist der nach Abschluss des Behauptungsverfahrens erfolgte Wechsel einer auf Nachbesserung von Werkmängeln gerichteten Klage zur Minderungsklage grundsätzlich ausgeschlossen.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, vom 20. Oktober 2009 i.S. B. und U. L. gegen W.B. und O. AG.

Sachverhalt

Die Kläger verlangten mit Klage die Nachbesserung diverser Mängel durch die Beklagte, eventualiter Minderung. In einer Stellungnahme zu einem vom Gericht eingeholten Gutachten und damit nach Abschluss des Behauptungsverfahrens verlangten sie neu zur Hauptsache Minderung und eventualiter Nachbesserung.

Aus den Erwägungen

3.3.2.

Die Erklärung, mit welcher der Besteller Nachbesserung verlangt, stellt die Ausübung eines Gestaltungsrechts dar und ist deshalb grundsätzlich unwiderruflich (Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 1835). Durch die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts erlischt ein allfälliges Wandelungs- und Minderungsrecht, weil die Mängelrechte, unter denen der Besteller auswählen kann, zueinander in elektiver Konkurrenz stehen (Gauch, a.a.O.,

Rz. 1835 und 1489). Dieser Grundsatz erleidet folgende Relativierungen:

(1) So kann das ursprüngliche Wahlrecht des Bestellers wieder aufleben, wenn der Unternehmer mit der Erfüllung seiner Nachbesserungsschuld in Verzug gerät oder die verlangte Mängelbeseitigung objektiv unmöglich wird (Gauch, a.a.O., Rz. 1843). Nach Art. 107 Abs. 1 OR ist der Gläubiger bei Verzug des Schuldners berechtigt, diesem eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1 OR); wird auch bis zum Abschluss der Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen (z.B. die Schadenersatz im Umfang der Kosten der Ersatzvornahme durch einen Dritten) oder vom Vertrag zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR); die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist unter anderem dann nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Die Ausübung der durch Art. 107 OR zur Verfügung gestellten Wahlrechte stellt die Wahrnehmung von Gestaltungsrechten dar (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 3.06). Die Ausübung von Gestaltungsrechten zählt ihrerseits zu den Angriffs- bzw. Verteidigungsmitteln, die in einem Prozess, der wie der vorliegende der Verhandlungsmaxime untersteht, nach Massgabe der Eventualmaxime rechtzeitig, d.h. grundsätzlich im Behauptungsverfahren, das mit der Duplik seinen Abschluss findet (§§ 183 f. ZPO), in den Prozess einzuführen, d.h. auszuüben, sind (Bühler, Das Novenrecht im neuen Aargauischen Zivilprozessrecht, Zürich 1986, S. 18 und 84).

(2) Ferner hat sich der Unternehmer, der das Nachbesserungsrecht des Bestellers oder dessen wirksame Ausübung aus irgendeinem Grund bestreitet, bei dieser Bestreitung behaften zu lassen, d.h. er kann dem Besteller, der auf die Bestreitung hin das Wandlungs- oder Minderungsrecht ausübt, nicht entgegenhalten, dieses Recht sei durch die frühere Ausübung des Nachbesserungsrechts erloschen;

dies gilt auch dann, wenn der Grund der Bestreitung darin liegt, dass der Unternehmer eine Mängelhaftung überhaupt ablehnt; ob und wie lange der Besteller nach erfolgter Klageerhebung noch befugt ist, die Nachbesserungserklärung durch eine Wandelungs- oder Minderungserklärung zu ersetzen, beurteilt sich nach dem anwendbaren Prozessrecht (Gauch, a.a.O., Rz. 1845). Denn auch bei der Geltendmachung von Mängelrechten handelt es sich um die Ausübung von Gestaltungsrechten und - sofern im Prozess erfolgend - um die Ausübung von der Novenordnung unterstehenden Angriffs- bzw. Verteidigungsmitteln (Bühler, a.a.O., S. 18 und 83).

5 Art. 68 SchKG, § 125 ZPO

Im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren ist die Gerichtsgebühr dem in der unentgeltlichen Rechtspflege prozessierenden Beklagten nicht vorzumerken, sondern mit dem Kostenvorschuss des Klägers zu verrechnen und diesem vom Beklagten zu ersetzen bzw. vom Kläger von den Zahlungen des Beklagten vorab zu erheben.

Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 16. Dezember 2008 i.S. S.B. GmbH gegen F.S.

Aus den Erwägungen

3.2.

Die Vorinstanz bewilligte dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege. Gestützt darauf merkte sie ihm im Kostenspruch die Verfahrenskosten vor, verpflichtete ihn aber gleichzeitig, der Klägerin die von ihr vorgeschossene Gerichtsgebühr von Fr. 500.-- zu ersetzen, was sich widerspricht. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr ist dem Beklagten nicht vorzumerken, sondern mit dem Kostenvorschuss der Klägerin zu verrechnen und dieser vom Beklagten zu ersetzen bzw. von dieser von den Zahlungen des Beklagten vorab zu erheben. Das ist die Konsequenz von Art. 68 SchKG, wonach der Gläubiger das Risiko, dass die Betreuungskosten vom Schuldner nicht ersetzt werden, trägt (Emmel, Kommentar zum Bundesgesetz

über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 68 N. 4 mit Hinweisen). Dies verletzt den Anspruch des Beklagten auf unentgeltliche Rechtspflege nicht, da der Minimalanspruch gestützt auf die Bundesverfassung (Art. 29 Abs. 3 BV) einzig den Zugang zum Gericht, d.h. die Befreiung von der Kostenvorschusspflicht, nicht aber die Übernahme der Verfahrenskosten im Endentscheid durch den Staat, d.h. die Befreiung von der Kostenaufgabe im Endentscheid, garantiert (BGE 122 I 322 ff.; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, Vorbem. §§ 124-134 N. 3 und § 126 N. 2 mit Hinweisen). Der weiter gehende Anspruch gemäss § 126 lit. a ZPO, welcher die (vorläufige) Befreiung von der Bezahlung der durch Urteil auferlegten Kosten vorsieht, wird durch Art. 68 SchKG ausgeschlossen. Nach dieser Bestimmung trägt der Schuldner die Betreibungskosten, welche vom Gläubiger vorzuschüssen sind und von ihm von den Zahlungen des Schuldners vorab erhoben werden können, was nicht möglich ist, wenn sie dem Schuldner in der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen vorgemerkt werden. Der Kostenspruch der Vorinstanz ist daher von Amtes wegen zu korrigieren, weil er widersprüchlich ist und der Offizialmaxime untersteht (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 121 N. 1). Der Minimalanspruch nach Art. 29 Abs. 3 BV (ebenso wie § 126 lit. b Ziff. 2 ZPO) befreit im Übrigen auch nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (BGE 122 I 322 ff.).

6 Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 18, 19 und 20 KSG

Gemäss Art. 18 Abs. 1 KSG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 lit. b BGG besteht bei Schiedsgerichtsverfahren ein Ausstandsgrund, wenn ein Schiedsrichter in der gleichen Sache bereits in anderer Stellung, insbesondere als Rechtsberater einer Partei, tätig war. Dieser Ausstandsgrund entspricht demjenigen von § 2 lit. c ZPO; er ist somit von Amtes wegen zu beachten und wirkt absolut.

Ein gemäss Art. 20 KSG verspätet gestelltes Ablehnungsbegehren, welches mit dem erwähnten Ausstandsgrund begründet wird, führt demnach auch im Schiedsverfahren nicht zur Verwirkung des Ablehnungsrechts.

Entscheid der Inspektionskommission vom 22. Mai 2009 i.S. MG c. M. M.
(IVV.2008.49).

III. Anwaltsrecht

7 Art. 8 und 12 lit. b BGFA

Überprüfung Registereintrag bei Anstellung in einer Anwalts-AG: Kriterien für Einhaltung der Erfordernisse

- **der Unabhängigkeit,**
- **des Nichtbestehens von Verlustscheinen,**
- **der Ausübung des Berufs in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung,**
- **des Abschlusses einer Berufshaftpflichtversicherung sowie**
- **der Einhaltung des Berufsgeheimnisses.**

Entscheid der Anwaltskommission vom 21. August 2009 i.S. T. S. und U. S. (AVV.2008.26).

Aus den Erwägungen

1.

(...)

1.1.2.

(...)

Die eingetragenen Anwälte bleiben an die Berufsregeln gebunden und haben diese in ihrem Arbeitsalltag sicherzustellen. Es handelt sich somit um eine statische Prüfung der eingereichten Unterlagen, insbesondere unter dem Aspekt der institutionellen Unabhängigkeit. Änderungen müssen der Anwaltskommission gemeldet werden und führen in der Folge zu einer neuen Beurteilung der Sachlage.

(...)

2.

In einem ersten Schritt (Ziff. 3) ist zu prüfen, ob die Gesuchsteller auch nach der geplanten Umstrukturierung noch die Voraussetzungen für einen Registereintrag erfüllen, wenn sie sich für ihre An-

waltstätigkeit im Monopolbereich von der zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" anstellen lassen. In einem zweiten Schritt (Ziff. 4) gilt es zu abzuklären, ob sich aus der angestrebten Organisationsform der "X. Rechtsanwälte AG" Berufsregelverletzungen ergeben würden.

3. Lösungsgrund

Gemäss Art. 9 BGFA werden Anwälte, die eine der Voraussetzungen für den Registereintrag nicht mehr erfüllen, im Register gelöscht. [...] Unter den persönlichen Voraussetzungen können von einer allfälligen Umwandlung einer Anwaltskanzlei in eine Aktiengesellschaft nur das Fehlen von Verlustscheinen (Art. 8 Abs. 1 lit. c BGFA) und die Pflicht, den Anwaltsberuf unabhängig ausüben zu müssen (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA), zu Problemen führen. Somit ist zu prüfen, ob die Gesuchsteller diese Voraussetzungen auch als Angestellte der neu zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" erfüllen würden.

3.1. Unabhängigkeit

(...)

Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA können Anwälte nur Angestellte von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind, sodass es auf den ersten Blick als ausgeschlossen erscheint, dass Anwälte sich als Angestellte einer Anwalts-AG in ein Register eintragen lassen können, da die Anwalts-AG ihrerseits nicht eingetragen werden kann. Nach Lehre und Praxis ist der Registereintrag von Anwälten, welche von einer Anwalts-AG angestellt sind, jedoch unter gewissen Voraussetzungen zulässig (...). Die Anwaltskommission schliesst sich dieser Ansicht an.

(...)

Die Gefahr der Abhängigkeit kann ausgeschlossen werden, wenn alle Entscheidungsebenen einer Anwalts-AG von im Anwaltsregister eingetragenen Anwälten beherrscht werden und diese Beherrschung auf Dauer sichergestellt ist. Damit wird eine AG als Arbeitgeber vergleichbar mit einem Anwalt als Arbeitgeber. Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der von ihr angestellten Anwälte muss die Organisation einer Anwalts-AG demnach folgende Voraussetzungen erfüllen:

Der Gesellschaftszweck muss sich zur Hauptsache auf das Betreiben einer Anwaltskanzlei beschränken.

Generalversammlung, Verwaltungsrat wie auch Geschäftsleitung müssen von im Anwaltsregister eingetragenen Personen beherrscht werden.

3.1.1. Gesellschaftszweck

Der Hauptzweck einer Anwalts-AG hat sich auf das Betreiben einer Anwaltskanzlei zu beschränken. Nebenzwecke sind nur zulässig, sofern sie diesem Hauptzweck dienen, da der Ausbau einer Anwalts-AG auf weitere Geschäftszweige (wie z.B. Treuhandangebote, Vermögensverwaltungen oder Immobilienhandel) zu Interessenkollision und damit zu Abhängigkeiten führen würde.

(...)

3.1.2. Organisation und Beherrschung

Der Registereintrag eines Anwalts kann nur dann bestehen bleiben, wenn sowohl die Generalversammlung, der Verwaltungsrat wie auch die Geschäftsleitung der ihn anstellenden Anwalts-AG von im Anwaltsregister eingetragenen Personen beherrscht werden.

3.1.2.1. Generalversammlung

3.1.2.1.1.

Die erforderliche Beherrschung in der Generalversammlung ist ohne Weiteres sichergestellt, sofern nur Anwälte Aktionäre der AG sind (Verfügung der Anwaltskommission Obwalden vom 19. Mai 2006). Um dies zu erreichen, können vinkulierte Namenaktien (Art. 685a ff. OR) in den Statuten vorgesehen werden. Solche Aktien können nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden. Bei nicht börsenkotierten Aktien muss für die Verweigerung der Übertragung / Eintragung allerdings in den Statuten ein wichtiger Grund definiert sein (Art. 685b Abs. 1 OR), wobei die Kriterien, an denen sich die so vordefinierten Ablehnungsgründe orientieren können, beschränkt sind. Möglich sind nur Beschränkungen (Art. 685b Abs. 2 OR)

bezüglich der Zusammensetzung des Aktionärskreises im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder zur Sicherung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Unternehmens.

Ausserdem kann der Verwaltungsrat die Eintragung ohne Angabe von Gründen auch dann verweigern, wenn er dem Veräusserer anbietet, die Aktien für eigene Rechnung oder für Rechnung anderer Aktionäre zum wirklichen Wert im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Zustimmung zur Übertragung zu übernehmen ("escape clause"; Art. 685b Abs. 1 OR; vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 6 N 195 ff.).

3.1.2.1.2.

Die zu gründende "X. Rechtsanwälte AG" enthält Vinkulierungsvorschriften in den Statuten. Gemäss Art. 4 Abs. 4 *muss* der Verwaltungsrat die Zustimmung zum Eintrag ins Aktienbuch verweigern, wenn der Erwerber einer Aktie nicht ein in der Schweiz registrierter Anwalt ist. Als wichtiger Grund für die Verweigerung der Übertragung nennen die Statuten also das Fehlen des Registereintrages. Es handelt sich hier um ein Kriterium, welches sich an der Zusammensetzung des Aktionärskreises im Hinblick auf den Gesellschaftszweck orientiert. Als weitere Gründe für die Verweigerung des Eintrages werden in Art. 4 Abs. 3 lit. a - d (recte wohl lit. a - c, bei der Umformulierung wurde offenbar die Nummerierung nicht durchgängig angepasst) genannt:

Erwerber übt keine aktive Tätigkeit in der Gesellschaft aus (Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck)

Fernhalten von Erwerbern, die Konkurrenzunternehmen betreiben bzw. daran beteiligt oder dort angestellt sind (Selbständigkeit)

Erwerb / Halten von Aktien im eigenen Namen, aber im Interesse Dritter (Gesellschaftszweck und Selbständigkeit).

(...)

Da die (dauerhafte) Beherrschung der Anwalts-AG durch eingetragene Anwälte Voraussetzung ist für den Fortbestand des Registereintrages eben dieser Anwälte, darf zweifellos davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem in Art. 4 Abs. 4 der Statuten erwähnten Verweigerungsgrund um einen im Hinblick auf den Gesellschaftszweck sachlich gerechtfertigten wichtigen Grund im Sinne des Gesetzes handelt. Die in Abs. 3 erwähnten Gründe kommen nur bzw. erst dann zum Zuge, wenn der Erwerber die Bedingung von Abs. 4 erfüllt.

Zudem enthält auch Art. 2 des angepassten Aktionärbindungsvertrages [ABV] vom 29. Mai 2009 in Abs. 1 die Regelung, dass nur in der Schweiz registrierte Anwältinnen und Anwälte Gesellschafter sein können. Weiter wird in Art. 3 Abs. 1 ABV statuiert, dass die Gesellschafter die Aktien zu gesamter Hand halten, wobei jedem Gesellschafter ein gleich grosser rechnerischer Anteil an Aktien zu steht. Diese rechnerischen Anteile sind gemäss Vertrag weder durch Zession noch durch eheliches Güterrecht, Erbrecht oder auf andere Weise übertragbar. Darüber hinaus ist für die Übertragung des Eigentums an den Aktien ein Gesellschafterbeschluss mit einer Dreiviertelmehrheit aller Stimmen nötig (Art. 3 Abs. 4 ABV).

Bezüglich Generalversammlung ist in Art. 11 der Statuten festgeschrieben, dass jede Aktie eine Stimme hat, und dass sich ein Aktionär in der Generalversammlung nur durch einen anderen Aktionär (der wiederum eingetragener Anwalt / eingetragene Anwältin sein muss) vertreten lassen kann. Ergänzend enthält Art. 4 ABV die Regelung, dass jeder Aktionär in der Generalversammlung diejenige Anzahl Aktien vertritt, die seinem rechnerischen Anteil entspricht. Da gemäss Art. 3 Abs. 1 ABV jeder Gesellschafter einen gleich grossen (rechnerischen) Anteil der Aktien hält, steht somit jedem Gesellschafter grundsätzlich das gleiche Stimmrecht zu. Nicht in dieser Weise zuordenbare Aktien werden gemäss Art. 4 Abs. 1 ABV in der Generalversammlung nicht vertreten.

3.1.2.1.3.

Aufgrund der aufgeführten Bestimmungen der Statuten sowie des Aktionärbindungsvertrages erscheint die Dauerhaftigkeit der Beherrschung der "X. Rechtsanwälte AG" durch im Register eingetragene Anwältinnen und Anwälte vorliegend gewährleistet.

3.1.2.2. Verwaltungsrat

Auch im Verwaltungsrat stellt die Beherrschung durch registrierte Anwälte dann kein Problem dar, wenn sämtliche Verwaltungsräte eingetragene Anwälte sind. Diese Bedingung ist vorliegend erfüllt, da Art. 13 der Statuten festgelegt, dass der Verwaltungsrat ausschliesslich aus Aktionären bestehen muss.

3.1.2.3. Geschäftsführung

Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat (Art. 716 OR), und kann hierfür die nötigen Weisungen und Anordnungen erteilen (Art. 716a OR).

Gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. a der Statuten und Ziff. 3.2 Abs. 1 lit. a des Organisationsreglements steht dem Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen zu. Er hat zudem die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, der Berufs- und Standesregeln, der Statuten, Reglemente und Weisungen (Ziff. 3.2 Abs. 1 lit. e). Im Übrigen kann der Verwaltungsrat die betriebliche Geschäftsführung durch Erlass eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne oder mehrere seiner Mitglieder übertragen (Art. 15 Abs. 2 lit. d und 15 Abs. 3 der Statuten; siehe ausserdem Ziff. 3.2 Abs. 1 lit. d des Organisationsreglements). Damit ist sichergestellt, dass nur eingetragene Anwälte Aufgaben der Geschäftsführung übernehmen können, sodass die nötige Weisungsunabhängigkeit gewährleistet ist (vgl. Beschluss der Aufsichtskommission des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2006, Ziffer V. / 5. und V. / 7.5.).

Die "X. Rechtsanwälte AG" sieht in ihren Statuten (Art. 15 Abs. 3) vor, dass der Verwaltungsrat kein Weisungsrecht gegenüber den als Aktionären angestellten Anwälten und Beratern und den von diesen betreuten Mitarbeitern in Bezug auf deren konkrete Mandatsführung hat. Dasselbe wird im Entwurf des Arbeitsvertrages zwischen der zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" und einem zukünftig angestellten Aktionär und Anwalt festgelegt (Ziff. 2 Abs. 2).

Der Verwaltungsrat erlässt schliesslich Reglemente und Weisungen über die Grundsätze der Mandatsannahme und Praxisausübung (Ziff. 3.4 Abs. 1 des Organisationsreglements), wobei er diese der Generalversammlung zur Konsultation vorzuweisen hat (Ziff. 3.3 Abs. 2 lit. r des Organisationsreglements).

Die Grundsätze der Mandatsübernahme sind im Anhang 1 lit. A zum Organisationsreglement festgehalten. Danach entscheidet grundsätzlich jeder Gesellschafter in eigener Verantwortung darüber, ob

ein Mandat angenommen werden soll (lit. A. Ziff. 1). Er soll sich dabei von folgenden Grundsätzen leiten lassen: a) Vermeidung von Reputationsrisiken, b) Vermeidung von Interessenkonflikten und c) Wirtschaftlichkeit, d.h. Möglichkeit des Klienten, das Honorar für die notwendig werdende Arbeit bezahlen zu können. Vom Grundsatz c) kann abgewichen werden, wenn Mitarbeiter an einem konkreten Fall ausgebildet werden sollen oder wenn die begründete Meinung besteht, dass sich das Mandat mittelfristig zu einer Klientenbeziehung entwickeln kann.

Diese Grundsätze sind unter dem Aspekt der Unabhängigkeit nicht zu beanstanden.

Weiter wird verlangt, dass für "die Annahme von Mandaten, bei denen sich im Zeitpunkt der Mandatsübernahme nicht völlig ausschliessen lässt, dass sich in Zukunft einmal Interessenkonflikte ergeben könnten oder bei denen die Annahme von weiteren Klienten aus der gleichen Branche problematisch werden könnte", sowie für "die Annahme von pro bono Mandaten oder Mandaten, die das relativierte Wirtschaftskriterium nach Ziff. 1 c) nicht erfüllen", die Zustimmung des Verwaltungsrats notwendig ist. Diese Einschränkungen in der Übernahme von Mandaten verletzen den Grundsatz der Unabhängigkeit von eingetragenen Anwälten nicht.

Die Grundsätze der Praxisausübung sind im Anhang 1 lit. B zum Organisationsreglement geregelt. Sie verpflichten den Mandatsführer, die Niederlegung des Mandats zu prüfen, wenn er zum Schluss komme, "dass ein Mandat nicht hätte angenommen werden sollen (oder im fraglichen Zeitpunkt nicht mehr angenommen würde)". Diese Gründe der Niederlegung widersprechen der Unabhängigkeit eines eingetragenen Anwalts nicht und stehen unter dem Vorbehalt der aus den allgemeinen Berufsregeln fliessenden Pflicht, Mandate nicht zur Unzeit niederzulegen (Art. 12 lit. a BGFA; WALTER FELLMANN, BGFA-Kommentar, a.a.O., Art. 12 Rz 32).

Schliesslich wird der unzulässige Einfluss des Verwaltungsrates in mandatsbezogenen Geschäften dadurch verhindert, dass "im Rahmen der Beratung und Vertretung von Klienten (...) alle Partner und alle juristischen Mitarbeiter Einzelunterschrift gemäss Vollmacht in Anhang 2" des Organisationsreglements haben (Ziff. 5.1 des Organi-

sationsreglements). Danach ist die Vollmacht der mandatsverantwortlichen Angestellten der zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" nicht beschränkt, womit diesen die notwendige Unabhängigkeit vom Verwaltungsrat zukommt. Die Vollmacht für die nicht mandatsverantwortlichen Angestellten steht unter dem Vorbehalt der Weisungen des Mandatsverantwortlichen, was auch diese vor dem Einfluss des Verwaltungsrates schützt.

3.1.3.

(...)

3.2. Verlustschein

Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c kann ein Anwalt nur dann ins Anwaltsregister eingetragen werden beziehungsweise darin verbleiben (Art. 9 BGFA), wenn gegen ihn keine Verlustscheine bestehen.

Diese Voraussetzung steht einem Registereintrag zum Zeitpunkt der Gründung einer Anwalts-AG nicht entgegen. Falls die persönliche Haftung eines Anwalts jedoch durch die Anstellung durch eine Anwalts-AG eingeschränkt wird (siehe unten Ziffern 0 und 0), kann diese Voraussetzung nach einem allfälligen Konkurs der Anwalts-AG bedeutsam werden. Der Konkurs würde diesem Anwalt nämlich keinen Verlustschein einbringen und ihn im Gegensatz zu einem persönlich haftenden Anwalt nicht an der Weiterführung seiner Tätigkeit im Monopolbereich hindern. Der einzelne Anwalt bleibt der Aufsichtsbehörde jedoch stets selbst verantwortlich (WALTER FELLMANN, BGFA-Kommentar, a.a.O., Art. 12 Rz. 62). Die Anwaltskommission macht deshalb die Gesuchsteller darauf aufmerksam, dass sie sich im Falle eines Konkurses der zu gründenden AG einen disziplinarischen Durchgriff auf die von der Anwalts-AG angestellten Anwälte vorbehält.

Zusammenfassend steht fest, dass die Gesuchsteller unter Einhaltung der genannten Auflagen auch als Angestellte der zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" im Anwaltsregister des Kantons Aargau eingetragen bleiben können.

4. Berufsregelverletzung

Weiter ist zu prüfen, ob sich aus der Organisationsform der zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" keine Berufsregelverletzungen ergeben.

Art. 12 lit. b BGFA erhebt die unabhängige Ausübung auch zur Berufsregel. Im Gegensatz zur im Zeitpunkt des Eintrags zu prüfenden institutionellen Unabhängigkeit, geht es hier um die Unabhängigkeit im Einzelfall (WALTER FELLMANN, BGFA-Kommentar, a.a.O., Art. 8 Rz. 31). Wie oben dargelegt, verletzt der Umstand allein, dass sich ein Anwalt von einer Anwalts-AG anstellen lässt, die Unabhängigkeit nicht. Die Unabhängigkeit im Einzelfall hat jeder Anwalt in seinem Berufsalltag selbst sicherzustellen. Dieser Punkt kann nicht zum jetzigen Zeitpunkt kontrolliert werden.

4.1. Ausübung in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung

Gemäss Art. 12 lit. b BGFA ist ein Anwalt verpflichtet, seinen Beruf in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung auszuüben. Da Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA dies auch dann für möglich erachtet, wenn ein Anwalt angestellt ist, schliesst eine Anstellung das Handeln in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung nicht aus. Es ist zu prüfen, ob bei der Anstellung durch eine Anwalts-AG Besonderheiten vorliegen, die eine Ausübung in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung verunmöglichen.

Die Frage, welche Rechtsverhältnisse durch die Betreuung eines Klienten durch einen von einer Anwalts-AG angestellten Anwalt entstehen, wird in Praxis und Lehre nicht einheitlich beantwortet. (...)

Diese Frage kann hier offen gelassen werden, da sie weder auf die weiter oben geprüfte Unabhängigkeit von eingetragenen Anwälten, die von einer Anwalts-AG angestellt sind, noch auf die Ausübung des Anwaltsberufs in eigenem Namen einen Einfluss hat. Denn auch für den Fall, dass nur ein Vertrag zwischen dem Klienten und der Anwalts-AG zustande kommen sollte, ist die Berufsausübung in eigenem Namen möglich, ja gar unumgänglich, da die Vertretung im Monopolbereich nur natürlichen Personen gestattet ist.

Wie bereits dargelegt, bleibt auch ein von einer Anwalts-AG angestellter Anwalt unter der disziplinarischen Aufsicht der Aufsichtsbehörden. Die disziplinarische Verantwortung ist deshalb ohne weiteres sichergestellt. Soweit unter der Berufsausübung in eigener Verantwortung auch die finanzielle Verantwortung zu verstehen ist, kann

auf die nachfolgenden Ausführungen zur Berufshaftpflicht verwiesen werden. Dass mit der Ausgestaltung einer Anwaltssozietät als AG möglicherweise die persönliche Haftung eines Anwalts entfällt, steht jedenfalls nicht im Widerspruch zur Berufsregel des Art. 12 lit. b BGFA, da aufgrund der Pflicht des Anwalts zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung nicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die persönliche Haftung der Anwälte für erforderlich erachtete (WALTER FELLMANN, BGFA-Kommentar, a.a.O., Art. 12 Rz 63).

4.2. Berufshaftpflichtversicherung

Gemäss Art. 12 lit. f BGFA haben Anwälte eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, abzuschliessen. Die Versicherungssumme muss mindestens eine Million Franken pro Jahr betragen. Anstelle der Haftpflichtversicherung können andere, gleichwertige Sicherheiten erbracht werden.

Unabhängig von der Frage, welche Vertragsverhältnisse entstehen, wenn ein von einer Anwalts-AG angestellter Anwalt anwaltlich tätig wird (vgl. DE VRIES REILINGH JEANINE, HOHENAUER FABIEN, a.a.O., Ziff. C 2. b, S. 693; HANDSCHIN LUKAS, a.a.O., Ziff. II.2, S. 260), ist sicherzustellen, dass für Fehler eines angestellten Anwalts eine Berufshaftpflichtversicherung besteht, die den oben genannten Voraussetzungen entspricht.

Die Aktionäre der zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" verpflichten sich in einem Aktionärbindungsvertrag dazu, eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen, welche einerseits Schäden deckt, für welche ein angestellter Anwalt persönlich belangt wird, andererseits aber auch Schäden umfasst, für welche die "X. Rechtsanwälte AG" direkt haftbar gemacht wird (Art. 9 ABV). Damit ist der erforderliche Schutz für die Klientschaft sichergestellt.

4.3. Berufsgeheimnis

4.3.1.

Gemäss Art. 13 Abs. 1 BGFA unterstehen Anwälte zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses stellt in der aktuellen Diskussion über die Zulässigkeit einer Anwalts-AG einen umstrittenen Punkt dar. Insbesondere die Preisgabe von Klienteninformationen an die Revisionsstelle wird als problematisch erachtet. Sowohl der Entscheid der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006 (E. IV. 5) wie auch jener der Aufsichtskommission des Kantons Zürich (E. VI. 8) stellen sich auf den Standpunkt, dass das Anwaltsgeheimnis nicht verletzt werde, weil auch die Revisoren zur Einhaltung des Berufsgeheimnisses verpflichtet seien. Wie die Anwaltskommission des Kantons St. Gallen in ihrer Stellungnahme vom 13. Mai 2008 (E. 5 c) richtig festhält, kann diesem Schluss nicht gefolgt werden, da das Berufsgeheimnis des Anwalts nicht denselben Regeln unterliegt, wie jenes des Revisors.

4.3.2.

(...) Art. 18 der Statuten sieht zwar (...) vor, dass die Generalversammlung auf die Wahl einer Revisionsstelle verzichten kann, wenn die Gesellschaft nicht zu einer ordentlichen Revision verpflichtet ist und die Voraussetzungen für einen Verzicht auf eine (eingeschränkte) Revision ebenfalls erfüllt sind. Ebenso ist (...) vorgesehen, dass die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn die Voraussetzungen für den Verzicht auf eine Revision nicht mehr erfüllt sind (Art. 22 Abs. 2 der Statuten).

Art. 10 des Aktionärsbindungsvertrages enthält (...) in Ziff. 1 die Verpflichtung der Aktionäre, Mandate nur von Klienten anzunehmen, welche den im Anhang 2 enthaltenen Mandatsvertrag unterzeichnet haben. Und dieser Mandatsvertrag wiederum enthält in Art. 8 die Entbindungserklärung des Auftraggebers bezüglich Berufsgeheimnis unter anderem gegenüber der Revisionsstelle. Es versteht sich von selbst, dass dieser Mandatsvertrag nach Gründung der "X. Rechtsanwälte AG" nicht nur im Rahmen von neuen Mandaten abzuschliessen ist, sondern auch bei bereits bestehenden Mandaten.

Art. 10 ABV hält aber in Ziff. 2 auch weiterhin fest, dass sich die Aktionäre verpflichten, keine Handlungen vorzunehmen, welche zur Pflicht für eine ordentliche Revision führen würden. Ebenso verpflichten sie sich gemäss Ziff. 3, darauf zu verzichten, eine eingeschränkte Revision zu verlangen.

4.3.3.

Zusammenfassend erscheint aufgrund der oben erwähnten Bestimmungen gewährleistet, dass die "X. Rechtsanwälte AG" voraussichtlich gar nie einer Revision unterliegen wird. Falls dem aber doch so sein sollte, wäre mit dem Mandatsvertrag sichergestellt, dass die Klienten der Entbindung vom Berufsgeheimnis gegenüber der Revisionsstelle zugestimmt hätten. Unter diesen Voraussetzungen ist auch eine Verletzung des Berufsgeheimnisses nicht im Voraus absehbar.

5.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Gesuchsteller durch die Anstellung in der zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" kein Lösungsgrund im Sinn von Art. 9 BGFA erfüllt sein wird. Bei der Beurteilung wurde auf die mit Stellungnahme vom 29. Mai 2009 eingereichten Unterlagen (Entwürfe der Statuten, des Aktionärbindungsvertrages, des Organisationsreglements, des Arbeitsvertrages sowie Offerte für die Berufshaftpflichtversicherung) abgestellt.

Demnach erscheint die Voraussetzung der Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA weiterhin gewährleistet. Der Gesellschaftszweck wurde unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit gesetzeskonform formuliert, ebenso wie die Bestimmungen bezüglich Organisation und Beherrschung der Gesellschaft. Insbesondere erscheint die Dauerhaftigkeit der Beherrschung durch registrierte Anwältinnen / Anwälte gesichert, da gemäss Statuten und Aktionärbindungsvertrag Aktien nur an eingetragene Anwältinnen / Anwälte übertragen werden dürfen. Da zudem sowohl Verwaltungsratsmitgliedschaft wie auch Geschäftsführung den Aktionären vorbehalten sind, ergeben sich auch in diesen Punkten keine absehbaren Probleme.

Bezüglich des Fehlens von Verlustscheinen (Art. 8 Abs. 1 lit. c BGFA) behält sich die Anwaltskommission im Falle des Konkurses der Gesellschaft einen disziplinarischen Durchgriff auf die einzelnen Anwälte vor.

Weiter sind für den Fall der Anstellung durch die zu gründende "X. Rechtsanwälte AG" auch keine Verletzungen von Berufsregeln

schon von vornherein absehbar. So erscheint insbesondere die Ausübung des Mandates im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung (Art. 12 lit. b BGFA) auch im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses unter den in Statuten und Organisationsreglement gesetzten Rahmenbedingungen problemlos möglich, und die Verantwortlichkeit gegenüber der disziplinarischen Aufsichtsbehörde bleibt bestehen. Das Erfordernis des Abschlusses einer Berufshaftpflichtversicherung (Art. 12 lit. f BGFA) erfüllen die Gesuchsteller bei Abschluss des Vertrages gemäss eingereicherter Offerte ebenfalls. Ebenso sind bezüglich Berufsgeheimnis (Art. 13 Abs. 1 BGFA) keine Probleme ersichtlich, da vorgesehen ist, mit den Mandanten einen schriftlichen Mandatsvertrag mit Entbindungserklärung hinsichtlich des Berufsgeheimnisses gegenüber einer allfälligen Revisionsstelle abzuschliessen.

Somit kann festgestellt werden, dass einer Aufrechterhaltung des Registereintrages der Gesuchsteller nach deren Anstellung in der zu gründenden "X. Rechtsanwälte AG" nichts entgegensteht, soweit die eingereichten Unterlagen hierbei zur Anwendung kommen.

8 Art. 12 lit. a BGFA

Verbot des Direktkontakts mit anwaltlich vertretener Gegenpartei; gilt nicht absolut, sondern ist unter Würdigung aller Umstände zu handhaben. Zulässigkeit des Direktkontakts, wenn Gegenpartei Kontakt selber sucht sowie bei anderen triftigen Gründen, z.B. bei zeitlicher Dringlichkeit.

Entscheid der Anwaltskommission vom 17. September 2009 i.S. W. (AVV.2009.18).

9 Art. 13 BGFA

Tötung der Ehefrau (Klientin im Eheschutzverfahren), Entbindung der Anwältin vom Berufsgeheimnis im polizeilichen Ermittlungsverfahren gegen den Ehemann (Täter). An der Abklärung der Motive des Täters besteht ein höherwertiges Interesse als an der Aufrechterhaltung des Berufsgeheimnisses.

Entscheid der Anwaltskommission vom 28. April 2009 i.S. M. F. (AVV.2009.17).

Aus den Erwägungen

3.

Im vorliegenden Fall wurde die Klientin der Gesuchstellerin am 9. April 2009 von ihrem Ehemann auf der Strasse erschossen. Da zwischen den Eheleuten ein Eheschutzverfahren hängig war, erhofft sich die Polizei von der Gesuchstellerin als Anwältin der Verstorbenen Angaben, welche zur Klärung des Tötungsdeliktes beitragen können.

An der Aufklärung eines begangenen Tötungsdeliktes sowie der genauen Umstände, insbesondere auch der Motive des Täters, besteht zweifellos ein berechtigter Anspruch der Öffentlichkeit. Zudem ist davon auszugehen, dass es im - hypothetischen - Interesse der Getöteten liegen dürfte, wenn das schwere Verbrechen, dem sie erlegen ist, abgeklärt wird (vgl. dazu auch ZR 1982 (Bd. 81) Nr. 38, 99). Es sind demgegenüber keinerlei Interessen ersichtlich, welche gegen eine Entbindung sprechen würden. So wird insbesondere der Ehemann / Täter als Gegenpartei im Eheschutzverfahren zumindest keine schutzwürdigen Interessen an einer Geheimhaltung geltend machen können.

In Würdigung der öffentlichen und privaten Interessen erscheint zusammenfassend die Bekanntgabe der Berufsgeheimnisse als notwendig und wesentlich schutzwürdiger als das entgegenstehende Interesse an der Geheimhaltung. Das Gesuch ist demnach gutzuheissen.

IV. Strafprozessrecht

- 10 §§ 164 Abs. 1, 169, 217 Abs. 2 StPO; § 94 Abs. 1 GOG, § 33 Abs. 1 lit. g GOD

Gegen den Entscheid eines Gerichts, mit welchem es einem Verurteilten nach Rechtskraft des Urteils zusätzliche Verfahrenskosten auferlegt, steht dem Verurteilten nicht die Kostenbeschwerde im Sinne von § 94 Abs. 1 GOG i.V.m. § 33 Abs. 1 lit. g GOD, sondern die Berufung im Sinne von § 217 Abs. 2 StPO zur Verfügung.

Muss das Gericht im Zeitpunkt der Urteilsfällung damit rechnen, dass zu einem späteren Zeitpunkt weitere Verfahrenskosten anfallen werden, so muss es einen entsprechenden Vorbehalt im Urteilsdispositiv anbringen. Anderfalls können diese Kosten dem Verurteilten nachträglich nicht mehr auferlegt werden.

Nach Rechtskraft des Urteils können einem Verurteilten nicht Kosten auferlegt werden, welche durch das Rechtsmittelverfahren eines Mitverurteilten entstanden sind.

Aus dem Urteil des Obergerichts, 2. Strafkammer, vom 12. Mai 2009, i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen R.S. (SST.2009.14).

Sachverhalt

In einem Strafverfahren gegen mehrere Angeklagte auferlegte das Bezirksgericht X. mit Urteil vom 12. Juni 2003 dem Angeklagten R.S. u.a. 15% der gesamten Verfahrenskosten. Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft. Einer der Mitverurteilten, R.B., erhob gegen das gegen ihn ausgesprochene Urteil Berufung. Bestimmte beschlagnahmte Gegenstände mussten während dieses Rechtsmittelverfahrens weiterhin aufbewahrt werden, wodurch zusätzliche Mietkosten entstanden. Nach dessen Abschluss auferlegte das Bezirksgericht mit Ergänzungsurteil vom 28. August 2008 die zusätzlichen Kosten anteils-

mässig auf alle Mitverurteilten. Gegen dieses Ergänzungsurteil erhob R.S. Beschwerde.

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Die Vorinstanz versah ihr Urteil vom 28. August 2008 mit einer Rechtsmittelbelehrung gemäss § 94 GOG (Gerichtsorganisationsgesetz; Gesetz über die Organisation der ordentlichen richterlichen Behörden vom 11. Dezember 1984).

Gemäss § 94 GOG können u.a. Verfügungen und Entscheide des Bezirksgerichts über die Festsetzung der Höhe von Gerichtskosten innert 20 Tagen von der Mitteilung an gerechnet beim Obergericht mit Beschwerde angefochten werden.

2.2.

Die Vorinstanz auferlegte dem Verurteilten mehr als fünf Jahre nach Rechtskraft des gegen ihn in der Sache ergangenen Urteils vom 12. Juni 2003 einen Anteil der gesamten Mietkosten betreffend die J. S. G. in W., welche ihr bis zum Abschluss des vom Mitangeklagten R.U.B. angestrebten Rechtsmittelverfahrens angefallen waren.

Gegenstand des vorinstanzlichen Urteils bildet somit nicht die Festsetzung der Höhe von Gerichtskosten, sondern deren nachträgliche Auferlegung.

Gegen einen solchen Entscheid der Vorinstanz steht dem Verurteilten die Kostenbeschwerde im Sinne von § 94 Abs. 1 GOG i.V.m. § 33 lit. g GOD nicht zur Verfügung.

2.3.

Gemäss § 217 Abs. 2 StPO können mit Berufung auch Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens gerügt werden, soweit sie nicht mit dem Rechtsmittel der Beschwerde gesondert anfechtbar sind. Urteile der Bezirksgerichte können nicht mit dem Rechtsmittel der Beschwerde im Sinne von § 213 StPO angefochten werden.

Die «Beschwerde» des Verurteilten ist demnach als Berufung im Sinne von § 217 StPO an die Hand zu nehmen.

3.

Die Vorinstanz auferlegte dem Verurteilten mit Urteil vom 28. August 2008 in Ergänzung der Ziffer 7 ihres Urteils vom 12. Juni 2003 zusätzliche Verfahrenskosten mit der Begründung, dass dem Verurteilten gemäss Ziffer 7 dieses Urteils 15 % der Auslagen auferlegt worden seien. Auslagen seien jene Kosten, welche dem Gericht während der Dauer des Verfahrens anfielen. Während der ganzen Dauer des Verfahrens seien Mietkosten betreffend die J.S.G. in W. angefallen. Nachdem die Vernichtung der darin gelagerten Infrastruktur erst nach Rechtskraft des Verfahrens habe erfolgen können und die gesamte Miete 13 500 Franken (18 mal 750 Franken) ausmache, seien dem Verurteilten somit 2025 Franken aufzuerlegen.

4.

4.1. Gerichte sind – anders als Verwaltungsbehörden – an ihre einmal verkündeten oder zugestellten Sach- oder Prozessurteile gebunden und dürfen diese nicht in Wiedererwägung ziehen bzw. widerrufen. Einmal erlassene Entscheidungen dürfen folglich durch die erlassende Instanz aus eigener Macht weder aufgehoben noch ergänzt werden. Dies kann nur durch eine übergeordnete richterliche Instanz erfolgen. Diesem Prinzip folgt auch das aargauische Prozessrecht (vgl. Beat Brühlmeier, Kommentar zur aargauischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Aarau 1980, Ziffer 5 zu § 166 StPO; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau/Frankfurt am Main 1998, § 280 ZPO N 1 ff.; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 45 N 19; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2006, N 994 S. 206 f.).

4.2.

Ausnahmsweise hat der Richter gemäss § 169 Abs. 2 erstem Satz StPO die Möglichkeit, nach Eintritt der Rechtskraft eines Urteils, von Amtes wegen oder auf Gesuch hin, Missschreibungen und Missrechnungen sowie offenbare Irrtümer von Amtes wegen zu berichtigen. Dabei ist es dem Richter nicht gestattet, am Entscheidungsinhalt seines Urteils Korrekturen vorzunehmen, was dann der Fall ist, wenn dadurch etwas Neues ausgedrückt wird. Eine Än-

derung ist nur insoweit zulässig, als das Urteil unklar ist oder einzelne unklare oder sich widersprechende Anordnungen enthält (vgl. Brühlmeier, a.a.O., § 169 Abs. 2 lit. c). Wenn der Richter hingegen Kosten nicht richtig verteilt, liegt ein Fehler in der Willensbildung des Richters vor, welcher einer Urteilsergänzung in diesem Sinne nicht zugänglich ist (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., § 281 N 6 und 8), und für nachträgliche Änderungen eines eröffneten Entscheids bleibt kein Raum.

5.

5.1.

Die Vorinstanz hatte dem Verurteilten mit Urteil vom 12. Juni 2003 die bis zu jenem Zeitpunkt angefallenen Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 12 270.05 abschliessend und vorbehaltlos auferlegt. Den vorinstanzlichen Erwägungen im Urteil vom 28. August 2008 ist zu entnehmen, dass dieses nicht die Berichtigung von Misschreibungen und Missrechnungen im Sinne von § 169 Abs. 2 erster Satz StPO zum Zweck hatte. Namentlich wurde die mit Urteil vom 12. Juni 2003 festgesetzte Höhe der Verfahrenskosten weder falsch berechnet noch unrichtig geschrieben.

5.2.

Die nachträgliche Auferlegung von zusätzlichen Kosten ist unter diesen Umständen nicht möglich. Soweit die Vorinstanz im Zeitpunkt der Urteilsfällung am 12. Juni 2003 tatsächlich damit hätte rechnen müssen, dass bei Ergreifung eines Rechtsmittels durch einen oder mehrere Angeklagte weitere Mietkosten betreffend die J. S.G. in W. anfallen würden, hätte sie einen entsprechenden Vorbehalt im Urteilsdispositiv anbringen müssen.

5.3.

Ungeachtet dessen können einem Verurteilten nach Rechtskraft des ihn betreffenden erstinstanzlichen Urteils nicht Kosten auferlegt werden, welche durch das Rechtsmittelverfahren eines Mitangeklagten entstanden sind. Ein solches Vorgehen widerspräche dem Verursacherprinzip, da die Straftat des Verurteilten unter diesen Umständen nicht mehr als Ursache des Rechtsmittelverfahrens gelten kann. Der Zeitpunkt der Rechtskraft des den Verurteilten betreffenden erstinstanzlichen Urteils unterbricht die Kausalität zwischen sei-

ner Straftat und einem nicht von ihm selbst in Gang gebrachten Rechtsmittelverfahren.

- 11 **Art. 9 BV; Art. 4 Protokoll Nr. 7 zur EMRK; Art. 14 Abs. 7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II); Art. 37 Abs. 1 lit. b OHG. Doppelbestrafungsverbot ("ne bis in idem")**
Der Grundsatz "ne bis in idem" verbietet in Folge eines Strassenverkehrsunfalles eine Anklage wegen fahrlässiger Körperverletzung nicht, wenn in derselben Strafuntersuchung gestützt auf denselben Sachverhalt bereits ein rechtskräftiger Strafbefehl wegen Verletzung des Strassenverkehrsgesetzes ergangen ist, sofern die Beschuldigte nicht auf den Abschluss des Verfahrens mit dem rechtskräftigen Strafbefehl vertrauen durfte.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, Beschwerdekammer in Strafsachen, vom 21. Juli 2009, i.S. H.F.

Sachverhalt

Infolge eines Strassenverkehrsunfalles wurde das gegen die Beschuldigte eröffnete Strafverfahren wegen fahrlässiger Körperverletzung mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 18. Februar 2009 eingestellt und dieselbe mit Strafbefehl des Bezirksamts Zofingen vom 24. Februar 2009 wegen Verletzung des Strassenverkehrsgesetzes mit einer Busse von Fr. 200.00 bestraft. Während der Strafbefehl unangefochten in Rechtskraft erwuchs, wurde die Einstellungsverfügung in Gutheissung einer ersten Beschwerde des Beschwerdeführers von der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts aufgehoben und die Staatsanwaltschaft angewiesen, Anklage wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäss Art. 125 Abs. 1 StGB zu erheben. Die Staatsanwaltschaft stellte daraufhin mit Verfügung vom 9. Juni 2009 das Strafverfahren erneut ein mit der Begründung, eine Anklage verletze den Grundsatz "ne bis in idem", da gestützt auf den zu beurteilenden Sachverhalt bereits ein Strafbefehl erlassen worden

sei. Dagegen erhob der Beschwerdeführer erneut Beschwerde, welche Gegenstand des vorliegenden Entscheides bildet.

Aus den Erwägungen

2.

Die Staatsanwaltschaft stützt ihre neuerliche Einstellungsverfügung auf das Argument, eine Verurteilung der Beschuldigten wegen fahrlässiger Körperverletzung würde den Grundsatz "ne bis in idem" verletzen.

Der Grundsatz "ne bis in idem" bildet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Teil des Bundesstrafrechts und lässt sich direkt aus der Bundesverfassung ableiten (Urteil des Bundesgerichts vom 10. September 2003 6P.51/2003 mit weiteren Hinweisen). Er ergibt sich im Übrigen aus Art. 14 Abs. 7 des UNO-Paktes II über bürgerliche und politische Rechte. Explizit wird er in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK festgehalten. Abs. 1 dieser Bestimmung lautet:

"Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden."

Der Grundsatz "ne bis in idem" verbietet also nicht nur die doppelte Bestrafung in derselben Sache, sondern bereits die doppelte Strafverfolgung (dazu Jürg-Beat Ackermann / Stefan Ebensperger, Der EMRK-Grundsatz "ne bis in idem" – Identität der Tat oder Identität der Strafnorm?, in: AJP 1999, 823 ff. 833 und FN 78 und 79 mit zahlreichen Hinweisen und Jürg-Beat Ackermann, Art. 6 EMRK und Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls; insbesondere die Garantie ne bis in idem, in: Daniel Thürer, EMRK: Neuere Entwicklungen, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 31 ff., 32 sowie BGE 122 I 257, E. 3). Der Beschuldigte soll nicht zwei Mal in derselben Sache den Zwängen der Strafverfolgung ausgesetzt sein.

3.

(...)

4.

4.1.

Voraussetzung für die Sperrwirkung des Grundsatzes "ne bis in idem" ist die Identität der Person und der Tat (BGE 122 I 257, E. 3). Im vorliegenden Fall stützten sich die Vorwürfe gegen die Beschuldigte bezüglich den SVG-Delikten und dem Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung auf denselben Lebenssachverhalt (Abbiegen ohne Betätigung des Blinkers, welches zur Kollision mit dem Fahrzeug des Beschwerdeführers und schliesslich zu seiner Verletzung führte). Daraus folgert die Staatsanwaltschaft offenbar eine Tatidentität hinsichtlich diesen Delikten.

4.2.

Wie das Merkmal der Tatidentität zu verstehen ist, wird in Lehre und Rechtsprechung allerdings kontrovers beurteilt. Im Wesentlichen geht es dabei um die Frage, ob Tatidentität die Identität des Sachverhalts oder die Identität der anwendbaren Rechtsnormen bedeutet (Vgl. die "opinion dissidente" des Richters Repik im Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 30. Juli 1998 i.S. Oliveira gegen die Schweiz). In der Diskussion um die Praxis des EGMR haben sich dazu die Stichworte "einfache" und "doppelte Identität" etabliert, wobei vereinfachend nach der These der "einfachen Identität" gleiche Lebenssachverhalte für eine Tatidentität ausreichen, während nach der These der "doppelten Identität" zusätzlich auch die angewendeten Rechtsnormen identisch sein müssen (Vgl. Ackermann/Ebensperger a.a.O.; Ackermann a.a.O; Entscheid des Bundesgerichts vom 10. September 2003, 6P.51/2003, E. 10.1.).

4.3.

Sowohl das Bundesgericht wie auch der EGMR haben sich in jüngeren Entscheiden für das Konzept der "doppelten Identität" ausgesprochen und zwar der EGMR in einem Verfahren gegen die Schweiz, welchem ein dem vorliegenden sehr ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag.

(...)

4.4.

Grosse Ähnlichkeiten zwischen dem vorliegenden Fall und dem Oliveira-Fall des EGMR sind unverkennbar. (...)

Auch im vorliegenden Fall wäre es sicher wünschenswert gewesen, wenn das Bezirksamt Zofingen mit dem Ausfällen des Strafbefehls wegen der SVG-Delikte bis zur Rechtskraft der Einstellungsverfügung betreffend fahrlässige Körperverletzung zugewartet hätte, so dass im nun eingetretenen Falle der Aufhebung der Einstellungsverfügung eine Beurteilung der SVG-Delikte und des Vorwurfs der fahrlässigen Körperverletzung durch dieselbe Instanz hätte stattfinden können. Fraglich ist, ob durch dieses nicht zweckgemässe Vorgehen die Ahndung der möglichen fahrlässigen Körperverletzung unmöglich geworden ist, weil sie gegen das Verbot des "ne bis in idem" verstossen würde.

5.

Das Bundesgericht hat in BGE 122 I 257 ebenfalls festgehalten, dass das Verbot des "ne bis in idem" für echt konkurrierende Tatbestände nicht gelte und sich damit wie der EGMR im Fall Oliveira für das Konzept der "doppelten Identität" ausgesprochen (E. 7 dieses Entscheides; bestätigt im Urteil vom 10. September 2003 6P.51/2003, E.10.6.). Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid weiter ausgeführt, der Grundsatz "ne bis in idem" wäre verletzt, wenn der Beschuldigte strenger bestraft würde, weil die echt konkurrierenden Delikte von verschiedenen Behörden statt von einer einzigen Behörde beurteilt würden. Dementsprechend müsste das Gericht auch im vorliegenden Fall, wenn es zu einer Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung käme, die Strafe in analoger Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB so bemessen, dass die Beschuldigte nicht schwerer bestraft würde, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären.

6.

6.1.

Eine Anwendung des Grundsatzes "ne bis in idem" auf den vorliegenden Fall würde aber nicht nur der jüngeren Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts, sondern auch dem Sinn und Zweck dieses Grundsatzes widersprechen. Der Grundsatz "ne bis in idem"

will verhindern, dass eine Person für die selbe Straftat mehrmals (und damit insgesamt übermässig) bestraft oder mehrmals den (damit unverhältnismässigen) Belastungen der Strafverfolgung ausgesetzt ist. Zudem könnte man auch von einem Schutz des Vertrauens des Täters darin sprechen, dass die Tat mit der ein Mal ausgesprochenen Strafe gesühnt sein und der Staat seinen Strafanspruch damit verwirkt haben wird.

6.2.

Im vorliegenden Fall sind bis zur Überweisung der Akten vom Bezirksamt Zofingen an die Staatsanwaltschaft mit dem Antrag auf Einstellung des Verfahrens betreffend fahrlässige Körperverletzung nicht zwei, sondern ein Untersuchungsverfahren geführt worden. Erst nach Abschluss der Untersuchung kam es zu einer Zweiteilung des Verfahrens insofern, als das Bezirksamt Zofingen den Strafbefehl wegen der SVG-Delikte und die Staatsanwaltschaft eine Einstellungsverfügung betreffend fahrlässige Körperverletzung erliessen, wobei letztere auf Beschwerde hin aufgehoben und die Staatsanwaltschaft angewiesen wurde, Anklage zu erheben. Die Ausstellung des Strafbefehls war für die Beschuldigte mit keinen weiteren Untersuchungshandlungen oder sonstigen Einschränkungen ihrer persönlichen Freiheit verbunden, welche über die blossse Kenntnisnahme des Strafbefehls hinausgegangen wären. Damit kann nicht davon gesprochen werden, dass die Beschuldigte durch die Gabelung des Verfahrens einer wesentlich erhöhten Belastung ausgesetzt worden wäre, welche als doppelte Strafverfolgung vom Grundsatz "ne bis in idem" erfasst würde. Wie der Beschwerdeführer geltend macht, ist die Situation der Beschuldigten mit jener in einem Verfahren vergleichbar, in welchem der Beschuldigte die Verurteilung in einem Punkt akzeptiert, so dass sie in diesem Punkt nach § 221 StPO rechtskräftig wird, in einem anderen Punkt aber mit einem Rechtsmittel anfechtet (nur, dass in einem solchen Falle der Beschuldigte selber die Zweiteilung herbeiführt, was im vorliegenden Verfahren nicht der Fall ist).

6.3.

Im Übrigen konnte die Beschuldigte im vorliegenden Verfahren auch nicht darauf vertrauen, dass ihr Verhalten mit dem Strafbefehl des Bezirksamts Zofingen strafrechtlich vollständig beurteilt worden

wäre. Die Einstellungsverfügung vom 18. Februar 2009 und der Strafbefehl vom 24. Februar 2009 wurden ihr mit derselben Gerichts-urkunde zugestellt (...). Es war damit für die Beschuldigte klar erkennbar, dass mit dem Strafbefehl das Verfahren noch nicht abgeschlossen war, sondern betreffend der fahrlässigen Körperverletzung eine Einstellungsverfügung ergangen war, die mit einem Rechtsmittel angefochten werden konnte. [...]Die Beschuldigte wusste damit, dass eine Strafverfolgung wegen fahrlässiger Körperverletzung gegen sie geführt wurde und dass diese Strafverfolgung mit dem sich nur auf SVG-Delikte beziehenden Strafbefehl nicht abgeschlossen war.

6.4.

(...)

6.5.

Falls die Beschuldigte im vorliegenden Verfahren vom Gericht der fahrlässigen Körperverletzung für schuldig befunden wird, kann das Gericht die bereits erfolgte Verurteilung wegen den SVG-Delikten berücksichtigen und die Strafe so bemessen, dass sie nicht schwerer ausfällt, als wenn alle Delikte zusammen beurteilt worden wären.

6.6.

Die Beschuldigte wird damit im vorliegenden Fall durch die (wenn auch nicht zweckmässige) Verfahrensführung nicht wesentlich mehr belastet, als wenn sämtliche Tatvorwürfe von derselben Instanz beurteilt worden wären. Ausserdem könnte eine allfällige zusätzliche Strafe so ausgefällt werden, dass die Beschuldigte durch den Verfahrensgang keine Schlechterstellung erfährt. Damit würde die Anwendung des Grundsatzes "ne bis in idem" auf einen solchen Fall keinem legitimen Schutzbedürfnis der Beschuldigten dienen, weshalb er dem staatlichen Strafanspruch nicht entgegenstehen kann.

7.

Wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, wäre eine Anwendung des Grundsatzes "ne bis in idem" auf den vorliegenden Fall auch mit seinen Rechten als Geschädigter aus dem Opferhilfegesetz schwer vereinbar. Gemäss Art. 37 Abs. 1 lit. b OHG kann das Opfer einer Straftat den Entscheid eines Gerichts verlangen, wenn

das Verfahren nicht eingeleitet oder eingestellt wird. Von diesem Recht hat der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall Gebrauch gemacht, indem er die Einstellungsverfügung vom 18. Februar 2009 mit Beschwerde angefochten hat, wobei die Beschwerde mit Entscheidung der Beschwerdekammer in Strafsachen vom 27. Mai 2009 gutgeheissen wurde. Der Beschwerdeführer konnte nicht davon ausgehen, dass er zur Vermeidung einer Einstellung zusätzlich gegen den sich nur auf die SVG-Delikte beziehenden Strafbefehl vom 24. Februar 2009 hätte Einsprache erheben müssen, wie in der angefochtenen Einstellungsverfügung geltend gemacht wird. Mit dieser Einstellungsverfügung werden damit tatsächlich seine Rechte aus dem Opferhilfegesetz ausgehebelt. Im Übrigen ist es ohnehin zweifelhaft, ob er zu einer Einsprache gegen den Strafbefehl überhaupt legitimiert gewesen wäre. Erstens ist seine Opferstellung in Bezug auf die abstrakten Gefährdungsdelikte des SVG nicht ohne weiteres gegeben, zweitens bezieht sich Art. 37 Abs. 1 lit. b OHG nur auf Verfahren, die nicht eingeleitet oder eingestellt werden, während der Strafbefehl vom 24. Februar 2009 einzig eine Verurteilung enthält, und drittens sieht § 197 Abs. 1 StPO eine Einsprachelegitimation des Geschädigten nur vor, soweit privatrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden, was der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren nicht getan hat. Auch das Opferhilfegesetz steht der Anwendung des Grundsatzes "ne bis in idem" auf den vorliegenden Fall damit klar entgegen.

Versicherungsgericht

12 Art. 8 und 13 IVG

Die Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen stellen Ausführungsvorschriften dar, welche sich an die Durchführungsstellen richten; für das Versicherungsgericht sind sie nicht verbindlich.

Bei der Beurteilung eines Leistungsanspruches ist zentral auf die medizinischen Unterlagen abzustellen. Den Berichten eines Hausarztes oder behandelnden Facharztes von vornherein jede Glaubwürdigkeit abzusprechen, ist willkürlich.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 1. Kammer, vom 8. September 2009 in Sachen S.F. gegen SVA Aargau (VBE.2009.74).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Die Leistungspflicht bei verschiedenen Arten von Massnahmen hat das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) im Kreisschreiben über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME) näher umschrieben.

(...)

2.2.

Verwaltungsweisungen des BSV sind keine eigenen Rechtsregeln, sondern stellen nur eine Konkretisierung und Umschreibung der gesetzlichen und verordnungsmässigen Bestimmung dar. Es handelt sich hierbei um Vorgaben an die Vollzugsorgane der Versicherung über die Art und Weise, wie diese ihre Befugnisse auszuüben haben. Als solche stellen Verwaltungsweisungen den Standpunkt der Verwaltung über die Anwendung der Rechtsregeln dar und dienen im Rahmen der fachlichen Aufsicht des BSV einer einheitlichen Rechts-

anwendung, um eine Gleichbehandlung der Versicherten, aber auch die verwaltungsmässige Praktikabilität zu gewährleisten (BGE 129 V 204 Erw. 3 mit Hinw.; ZAK 1987 S. 581). Deshalb richten sich solche Ausführungsvorschriften rechtsprechungsgemäss nur an die Durchführungsstellen; für das Versicherungsgericht sind sie nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht folglich nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten Rechnung getragen (BGE 131 V 45 Erw. 2.3, 130 V 172 Erw. 4.3.1, 129 V 204 Erw. 3.2, 127 V 61 Erw. 3a, 126 V 68 Erw. 4b, 427 Erw. 5a).

(...)

3.4.

3.4.1.

Dem Argument der Beschwerdegegnerin, da die Lokomattherapie bereits eine physiotherapeutische Behandlung darstelle, sei kein Grund ersichtlich, im selben Bereich nochmals Kostengutsprache zu leisten, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr liegen Umstände vor, welche eine erneute Verlängerung der Übernahme der Physiotherapiekosten durch die Beschwerdegegnerin infolge Geburtsgebrechens Nr. 390 rechtfertigen. Wie den medizinischen Berichten zu entnehmen ist, ist die Beschwerdeführerin ein mehrfach behindertes Kind. Prof. Dr. med. B. begründet ausführlich, dass mit den unterschiedlichen Therapien verschiedene Defizite behandelt würden. Die Physiotherapie diene der Bewegungsbehandlung, dem Muskeltraining und behandle Gelenkkontrakturen. Hingegen werde mittels des Lokomattrainings versucht, der Beschwerdeführerin eine geeignete Gangmechanik anzuschulen. Der Arzt führt sodann aus, es sei aus medizinischer Sicht nicht erwiesen, dass ein Lokomattraining nur bei mindestens drei Mal wöchentlichen Sitzungen einen Therapieerfolg verzeichnete. Nachvollziehbar legt der Arzt dar, Therapie sei nicht Therapie, diese verfolgten vielmehr differenzierte Ziele. Diese Beur-

teilung wird durch Dr. med. M. gestützt, welcher ausführt, die Lokomattherapie sei ergänzend zur Physio- und Ergotherapie zu verordnen. Zudem legte die behandelnde Physiotherapeutin ihre Wahrnehmungen in begründeter und nachvollziehbarer Weise dar und erläuterte zukünftige Therapieziele. Weiter bestehen auch keine Anhaltspunkte an der Einfachheit und Zweckmässigkeit der Therapie zu zweifeln, kann doch die Physiotherapie nicht durch das Lokomattraining ersetzt werden. Schliesslich steht dieser Auffassung kein widersprechendes ärztliches Gutachten gegenüber. Die RAD-Ärztin G. begründete in ihrer Stellungnahme vom 18. September 2008 weder schlüssig noch nachvollziehbar, weshalb eine parallele Therapie nicht zweckmässig sei. Die Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen für ein Aktengutachten vorgelegen haben, kann somit offen bleiben, da diese Stellungnahme die bundesgerichtlichen Anforderungen nicht erfüllt.

Der Bericht von Prof. Dr. med. B. erfolgte in Kenntnis der medizinischen Akten. Sodann ist er nachvollziehbar und schlüssig, weshalb ihm voller Beweiswert zukommt. Den Berichten eines Hausarztes oder behandelnden Facharztes kann nicht von vornherein jede Glaubwürdigkeit abgesprochen werden. Ein solches Vorurteil ist vielmehr offensichtlich willkürlich. Freilich trifft es zu, dass das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG, heute: Bundesgericht) in mehreren Entscheiden festgehalten hat, dass der Richter in Bezug auf Berichte von Haus- oder behandelnden Ärzten der Erfahrungstatsache Rechnung tragen dürfe und solle, dass diese Ärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen würden (BGE 125 V 351 Erw. 3b/cc mit Hinw.). Dieser Satz darf jedoch nicht so verstanden werden, dass das Gericht solchen Berichten in jedem Fall misstrauen soll. Das Bundesgericht hat denn auch seine Aussage in dem Sinne relativiert, indem es festhielt, der Richter könne ebenso gut auf die speziellen, etwa dank der langjährigen Betreuung nur einem Hausarzt zugänglichen Kenntnisse des Gesundheitszustandes abstellen (vgl. Urteil des BGer vom 11. Juni 1997 [I 255/96] und Urteil vom 21. Dezember 2005 [4P 254.2005], Erw. 4.2).

Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Physiotherapie in Kumulation mit weiteren Therapien (Ergo-, Hippo- und Lokomattherapie) nicht nur als zweckmässig, sondern auch als geeignetes und in diesem Sinne als einfaches Mittel.

(...)

3.5.

3.5.1.

Wie in Erw. 2.4 hievor festgehalten, zählt die Lokomattherapie zu den physiotherapeutischen Behandlungen. Nach den Ausführungen im KSME (insbesondere Ziffer 390.9) sind jeweils zwanzig Sitzungen mit einer Behandlungsfrequenz von mindestens drei Sitzungen pro Woche zu verfügen. Dieser Regelung kann jedoch keine in jedem Fall abschliessende Bedeutung zukommen, da eine absolut verstandene zeitliche Limitierung den normativen Anspruchsvoraussetzungen widerspricht, wonach sich die Behandlungsdauer nach den Grundsätzen der Notwendigkeit, Zweckmässigkeit und Einfachheit richtet (Art. 2 Abs. 3 GgV). Vielmehr bleibt es der richterlichen Prüfung vorbehalten, ob im konkreten Einzelfall ausnahmsweise auch eine Behandlungsfrequenz von ein bis zwei Sitzungen pro Woche das therapeutische Ziel noch auf eine einfache und zweckmässige Weise anstrebt (vgl. Erw. 2.2 hievor).

3.5.2.

Prof. Dr. med. B. äusserte sich bereits mit Schreiben vom 27. Oktober 2008 erstaunt darüber, dass die Kosten für ein Lokomattraining nur ab einer Behandlungsfrequenz von mindestens drei Sitzungen pro Woche übernommen würden. Er fügte am 16. März 2009 an, diese Regelung sei für ihn nicht nachvollziehbar. Da sich bei der Beschwerdeführerin eine Gehfähigkeit anbahne, sei das Lokomattraining sinnvoll. Auch das BSV schreibt, die Kosten könnten für 20 Einheiten Gangtherapie mit dem Lokomat übernommen werden. Dass diese auf drei wöchentliche Sitzungen zu verteilen sind, geht aus dem Schreiben vom 9. Juli 2008 nicht hervor.

3.5.3.

Unter diesen besonderen Umständen ist die Lokomattherapie auch bei zweimaliger Behandlung pro Woche als notwendige, den therapeutischen Erfolg in einfacher und zweckmässiger Weise anzu-

strebende Vorkehr zu betrachten und von der Invalidenversicherung zu übernehmen. Indem die Beschwerdeführerin in der Reha Klinik Rheinfelden die Therapie absolviert, verletzt sie nicht – wie von der Beschwerdegegnerin behauptet – ihre Schadensminderungspflicht. Vielmehr kommt sie dieser nach, da die Fahrtkosten zu einer entfernten Klinik ebenfalls von der Invalidenversicherung zu übernehmen wären.

13 Art. 25 und 53 Abs. 2 ATSG

Rückforderung von Leistungen:

Bei der Einstellung einer Zusatzrente zur Invalidenrente und auch im Rahmen der ordentlichen Rentenrevisionen besteht für die IV-Stelle kein Anlass, sämtliche Berechnungsfaktoren zu überprüfen.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 1. Kammer, vom 3. März 2009 in Sachen N.G. gegen SVA Aargau (VBE.2008.111/VBE.2008.208).

Aus den Erwägungen

2.5. Rückforderung

Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen grundsätzlich zurückzuerstatten. Die Rückforderung zu Unrecht ausbezahlter Leistungen ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision der ursprünglichen Verfügung (oder der formlosen Leistungszusprechung) erfüllt sind (BGE 129 V 110 Erw. 1.1. mit Hinweisen). Dies gilt auch unter der Herrschaft des Art. 25 ATSG, der an die Stelle der spezialgesetzlichen Rückerstattungsnormen getreten ist (vgl. BGE 130 V 319 Erw. 5.2 mit Hinweisen).

2.5.1.

Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Wiedererwägung). Dass die Leistungsausrichtung zweifellos unrichtig war, ist aufgrund der

obigen Erwägungen offensichtlich. Zur Thematik der Erheblichkeit der Berichtigung der zweifellos unrichtigen Leistungsausrichtung lässt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine allgemein gültige betragliche Grenze nicht festlegen. Vielmehr sind die gesamten Umstände des Einzelfalles massgebend, wozu auch die Zeitspanne gehört, welche seit der zu Unrecht erfolgten Leistungsgewährung verstrichen ist. Weiter ist die Höhe des unrechtmässig ausbezahlten Betrages insofern von Bedeutung, als das Interesse der Verwaltung an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts in der Regel umso weniger ins Gewicht fällt, je geringer die zu Unrecht ausgerichteten Leistungen sind (ZAK 1989 S. 518). Da in der Praxis bereits Beträge von Fr. 4'812.30 (Urteil des Bundesgericht vom 25. Januar 2006, C 264/05), von 3'160.30 (Urteil vom 25. März 2008 des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen, AVI 2007/99) sowie von Fr. 2'313.50 (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 9. Januar 2007, S 06/98) als erheblich betrachtet wurden, ist der vorliegende Betrag von Fr. 50'622.-- offensichtlich als erheblich zu betrachten, womit die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung erfüllt sind.

2.5.2.

Art. 25 Abs. 2 ATSG sieht vor, dass der Rückforderungsanspruch mit Ablauf eines Jahres nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, erlischt. Bei der einjährigen Frist gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Gemäss Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gilt dabei nicht der Zeitpunkt in dem der Fehler gemacht wird als fristauslösend, sondern der Zeitpunkt in dem die Verwaltung unter Anrechnung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit den Fehler hätte erkennen müssen; wobei das EVG nicht das erstmalige unrichtige Handeln der Verwaltung als fristauslösend hat genügen lassen. Vielmehr stellte es auf jenen Tag ab, an dem sich die Amtsstelle später unter Anwendung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit über ihren Fehler hätte Rechenschaft ablegen müssen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 16. Januar 2007, S 06/126 Erw. 3a mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin hätte den Fehler spätestens bemerken müssen, als die Kinderrente wegfiel, da sie sich mit dem Dossier habe auseinandersetzen müssen, womit die Rückforderung verspätet sei. Wie schon ausgeführt beträgt die Kinderrente nach Art. 35^{ter} AHVG 40 Prozent der dem massgebenden durchschnittlichen Jahreseinkommen entsprechenden Altersrente. So besteht bei Einstellen dieser Rente für die Verwaltung kein Anlass die Rentenberechnung zu überprüfen oder sich mit dem Dossier der versicherten Person auseinanderzusetzen. Der Einwand der Beschwerdeführerin geht daher fehl. Anlässlich der 4. IV-Revision waren alle ganzen Renten bei einem Invaliditätsgrad unter 70% innerhalb eines Jahres nach dem Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung einer Revision zu unterziehen. Da der Invaliditätsgrad der Beschwerdeführerin jedoch bei 100% liegt, bestand dazu keine Veranlassung. Schliesslich wendet die Beschwerdeführerin ein, die Beschwerdegegnerin hätte den Fehler bei zumutbarer Aufmerksamkeit bei der ersten ordentlichen Rentenrevision im Jahre 2005/2006 erkennen können. Bei der Rentenrevision wird lediglich überprüft, ob sich der Gesundheitszustand oder die Einkommensverhältnisse verändert haben. Werden keine derartigen Veränderungen festgestellt, so besteht keine Veranlassung die Invaliditätsgradberechnung zu überprüfen und ebenso wenig die Berechnung der Renten. Die Beschwerdegegnerin musste sich erst wieder bei Eintritt des AHV-Alters des Ehemannes der Beschwerdeführerin mit der Rentenberechnung auseinandersetzen. Dabei hat sie dann auch den begangenen Fehler bemerkt und korrigiert, was zur Rückforderung führte. Diese erfolgte innert Jahresfrist, womit die Rückforderung nicht verspätet war.

14 Art. 61 ATSG, §§ 343 ff. ZPO

Voraussetzungen und Durchführung der Revision eines Urteils des Versicherungsgerichts.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 1. Kammer, vom 22. September 2009 in Sachen S.B.-I. gegen SVA Aargau (VBE.2007.463).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Nach Art. 61 ATSG bestimmt sich das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht unter Vorbehalt von Art. 1 Abs. 3 VwVG nach kantonalem Recht. Lit. a - i von Art. 61 ATSG, welche bundesrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des kantonalen Gerichtsverfahrens festhalten, bestimmen in Bezug auf die Revision von Entscheiden, dass diese wegen Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel oder wegen Einwirkung durch Verbrechen gewährleistet sein muss (lit. i). Dass ein Gerichtsentscheid unter bestimmten Voraussetzungen in Revision zu ziehen ist, entspricht einem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz. Daher legt Art. 61 lit. i ATSG die für das kantonale Gerichtsverfahren massgeblichen Revisionsgründe fest, überlässt jedoch die Ausgestaltung des Revisionsverfahrens dem kantonalen Recht (BGE 111 V 53 Erw. 4b; Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 500; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, N 134 zu Art. 61 ATSG). Auf den 1. Januar 2009 ist das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) des Kantons Aargau in Kraft getreten und die kantonale Verordnung über die Rechtspflege in Sozialversicherungssachen (VRS; SAR 271.131) aufgehoben worden. Zu diesem Zeitpunkt war das vorliegende Verfahren bereits am Versicherungsgericht hängig. Gemäss § 84 VRPG werden die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits hängigen Verfahren nach dem bisherigen Recht zu Ende geführt. Die kantonale Verordnung über die Rechtspflege in Sozialversicherungssachen (VRS; SAR 271.131) regelt das Revisionsverfahren nicht. Verfahrensmässig gelangen daher als ergänzendes Recht die Vorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO; SAR 221.100) sinngemäss zur Anwendung (§ 30 VRS).

1.2.

Die Beurteilung eines Revisionsgesuchs erfolgt in drei Schritten. Vorab ist darüber zu befinden, ob die Sachentscheidsvoraussetzungen erfüllt sind. Darunter fällt die Prüfung der Zuständigkeit und

der Zulässigkeit des Begehrens, welche insbesondere die Subsidiarität mit umfasst, d.h. die Unmöglichkeit, die darin vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel in dem der rechtskräftigen Anordnung vorangegangenen Verfahren oder mit dem damals gegebenen ordentlichen Rechtsmittel geltend zu machen. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist auf das Gesuch nicht einzutreten (AGVE 2001 S. 390 f.). Gemäss § 343 ZPO kann sich ein Revisionsgesuch gegen ein im ordentlichen Verfahren ergangenes Urteil richten. Zuständig für die Behandlung ist der Richter, der in der Streitsache erstinstanzlich entschieden hat (§ 347 ZPO). Das Gesuch ist innert drei Monaten seit der Entdeckung des Revisionsgrundes, wobei der Fristenlauf ab sicherer Kenntnis der neuen Tatsache oder neuen Beweismittel beginnt, zu stellen (§ 345 Abs. 1 ZPO). Im Gesuch sind die Revisionsgründe und deren rechtzeitige Geltendmachung unter Angabe der Beweismittel darzulegen und anzugeben, welche Abänderung des früheren Entscheides verlangt wird (§ 348 ZPO).

1.3.

Sind diese Verfahrensvoraussetzungen erfüllt, wird im Rahmen eines zweiten Schrittes darüber befunden, ob das Revisionsgesuch begründet ist. Als Revisionsgründe sieht Art. 61 lit. i ATSG vor, dass die Revision von Urteilen wegen Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel oder wegen Einwirkung durch Verbrechen gewährleistet sein muss. Dies bedeutet, dass die Revisionsgründe von § 344 ZPO, soweit sie über die bundesrechtlichen Vorschriften hinausgehen, ebenfalls zu berücksichtigen sind. Mit dem Begriff des Entdeckens wird betont, dass es sich um Tatsachen handeln muss, die im Zeitpunkt der Entscheidfällung bereits vorlagen, indessen noch nicht bekannt waren. Die Tatsachen müssen neu sein, was dann nicht der Fall ist, wenn das im Revisionsverfahren vorgebrachte Element lediglich eine abweichende Würdigung einer bereits bekannten Tatsache in sich schliesst. Weiter muss es sich um eine erhebliche Tatsache handeln, die geeignet ist, die tatsächliche Grundlage des Urteils dahingehend zu ändern, dass bei erneuter Entscheidfällung ein anderer Entscheid resultiert hätte. In Bezug auf neue Beweismittel ist massgebend, dass diese nicht schon vor der Entscheidfällung beigebracht werden konnten (Art. 61 lit. i ATSG i.V.m. Art. 53 Abs. 1

ATSG; BGE 127 V 358, 122 V 273 Erw. 4, 115 V 313 Erw. 4a, 110 V 141 Erw. 2; Locher, a.a.O., S. 467 f.; Kieser, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 53 ATSG; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur Aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998, N 1 ff. zu § 344 ZPO).

1.4.

Wird die Begründetheit des Revisionsgesuchs bejaht, ist der Entscheid aufzuheben und es ist in einem dritten Verfahrensabschnitt in der Sache neu zu entscheiden (§ 350 ZPO; AGVE 2001 S. 391; Ursina Beerli-Bonorand, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Diss. Zürich 1985, S. 160 ff.).

2.

Im vorliegenden Fall richtet sich das Revisionsgesuch gegen das Urteil des Versicherungsgerichts vom 15. August 2001 (VBE 2000.741), welches unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. Das Gutachten des Universitätsspitals Basel, auf welches sich die Gesuchstellerin im Wesentlichen stützt, erging am 7. Dezember 2006 und konnte weder im vorangehenden Verfahren noch mit dem ordentlichen Rechtsmittel geltend gemacht werden, so dass die Subsidiarität des ausserordentlichen Rechtsmittels zu bejahen ist. Da das Versicherungsgericht als erstinstanzliche richterliche Behörde über die Streitsache entschieden hatte, ist das angerufene Gericht zur Beurteilung des Revisionsgesuches örtlich, sachlich und funktionell zuständig (§347 ZPO). Ebenso sind die Revisionsgründe und die beantragte Abänderung des früheren Entscheides genügend dargetan. Schliesslich ist das Gesuch vom 8. Februar 2008 fristgerecht erfolgt, da zwischen Erstellung des Gutachtens und Gesuchseinreichung weniger als drei Monate vergangen sind. Demnach ist auf das Revisionsgesuch einzutreten.

3.

Streitig und zu prüfen ist, ob das Urteil des Versicherungsgerichts vom 15. August 2001 aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel in Revision zu ziehen ist.

(...)

3.1.

Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, beim Medas-Gutachten des Universitätsspitals Basel handle es sich um ein Beweismittel, welches sie erst jetzt aufgefunden habe und das Anlass zu einer Revision gebe.

Da das Gutachten erst im Jahre 2006 erstellt wurde, konnte es nicht bereits im Urteil vom 15. August 2001 berücksichtigt werden, insofern könnte von einem neuen Beweismittel gesprochen werden. Jedoch hätte die Gesuchstellerin schon vor Abschluss des früheren Verfahrens ein interdisziplinäres Gutachten erstellen lassen oder dessen Erstellung von der Gesuchsgegnerin verlangen können. Gründe, weshalb dies nicht möglich gewesen sein sollte, sind keine ersichtlich. Von der Entdeckung eines neuen Beweismittels kann daher nicht gesprochen werden. Das Revisionsverfahren dient nicht dazu, allfällige damalige vermeidbare Unterlassungen in sachverhaltlicher Hinsicht zu korrigieren oder umstrittene Anordnungen wieder zur Diskussion zu stellen. Ansonsten könnten sämtliche rechtskräftigen Entscheide mit bereits bestehenden, aber im konkreten Einzelfall nicht angewandten Untersuchungsmethoden in Revision gezogen werden (vgl. Urteil des Versicherungsgerichts vom 15. August 2007, VBE 2007.63, Erw.4.2.2.).

3.2.

Es kann auch nicht von der Entdeckung neuer Tatsachen gesprochen werden, wenn, wie die Gesuchstellerin ausführt, das neue Gutachten feststellt, dass nicht bloss soziale Faktoren ihre Arbeitsfähigkeit eingeschränkt haben, sondern dass seit dem Jahre 1998 eine wesentliche, für die Invalidenversicherung relevante Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit bestanden habe und die Gesuchstellerin in der angestammten Tätigkeit vollumfänglich arbeitsunfähig ist. Dabei handelt es sich um eine unterschiedliche Würdigung des im Wesentlichen gleichen Sachverhaltes. Für die Revision eines Entscheides genügt es aber nicht, dass die Gutachter aus den im Zeitpunkt des Haupturteils bekannten Tatsachen nachträglich andere Schlussfolgerungen ziehen. Ausschlaggebend ist, dass das allfällige Beweismittel nicht bloss der Sachverhaltswürdigung, sondern der Sachverhaltsermittlung dient. Es genügt daher nicht, dass ein neues

Gutachten den Sachverhalt anders bewertet, vielmehr bedarf es neuer Elemente tatsächlicher Natur, welche die Entscheidungsgrundlagen als objektiv mangelhaft erscheinen lassen. Solche Elemente sind hier aber nicht ersichtlich. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin gemäss Gutachten nach 2000 ein depressives Syndrom entwickelt hat (und nicht wie die Gesuchstellerin ausführte im Jahre 2000), denn das Gericht hat bei der Beurteilung des Sachverhalts jeweils auf denjenigen im Zeitpunkt der angefochtenen abzustellen. Dieser war im vorliegenden Fall im Juni 2000 und somit bevor sich das depressive Syndrom entwickelte (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinw.).

3.3.

Zusammengefasst bringt die Gesuchstellerin in ihrem Revisionsgesuch keine neuen erheblichen Tatsachen oder neuen Beweismittel, die im früheren Verfahren nicht hätten beigebracht werden können, vor. Demnach liegen keine rechtsgenügenden Revisionsgründe vor. Das Revisionsgesuch gegen das Urteil des Versicherungsgerichts vom 15. August 2001 ist somit abzuweisen.

15 Art. 12 und 65 Abs. 1 KVG; Art. 2 MVG; § 11 EG KVG

Angehörige des Berufsmilitärs sind bei der Militärversicherung krankenversichert. Sie gehören somit keinem Krankenversicherer gemäss Krankenversicherungsgesetz an und haben daher keinen Anspruch auf kantonale Prämienverbilligungsbeiträge.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 24. März 2009 in Sachen D.M. gegen SVA Aargau (VBE.2009.26).

Aus den Erwägungen

5.

5.1.

Der als militärischer Instruktor tätige Beschwerdeführer ist gemäss Art. 1a lit. b Ziff. 1 des Bundesgesetzes über die Militärversicherung (MVG) bei der Militärversicherung krankenversichert. Die

beruflich Versicherten haben zur Abgeltung der Leistungen, die ihnen die Militärversicherung anstelle der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 2 Abs. 1 lit. a MVG) sowie anstelle der obligatorischen Unfallversicherung (lib. b) erbringt, angemessene Prämien zu bezahlen. Diese werden direkt vom Lohn abgezogen (Art. 8 Abs. 4 der Verordnung über die Militärversicherung [MVV]).

(...)

5.2.

Die Militärversicherung ist kein anerkannter Krankenversicherer gemäss Art. 12 Abs. 1 KVG. Sie ist nicht auf der entsprechenden Versichererliste des Bundesamtes gemäss Art. 13 Abs. 1 KVG aufgeführt. Wie schon aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 lit. a MVG hervorgeht, steht die Militärversicherung als Krankenversicherer (organisations-)systematisch neben der obligatorischen Krankenversicherung.

Die in Art. 64 Abs. 1 KVG vorgesehene Prämienverbilligung wird nur Personen, die bei einem von Bund anerkannten Versicherer versichert sind, gewährt. Zu diesen Versicherern zählt die Militärversicherung, wie eben ausgeführt, nicht. Demnach hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Prämienverbilligungsbeiträge; damit erweisen sich das Kreisschreiben (KS BAG vom 12. Juli 2006) und der Einspracheentscheid als richtig.

Der Richter kann sich nicht über den klaren Wortlaut des Gesetzes sowie das vom Gesetzgeber vorgegebene Organisationsschema der Krankenversicherer hinwegsetzen. So hat das Gericht auch den Anspruch auf Prämienverbilligung eines Gesuchstellers, der in der Schweiz wohnte, aber in Deutschland einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachging und somit gemäss dem Freizügigkeitsabkommen bei der dortigen Krankenpflegeversicherung versichert sein musste, abgewiesen, weil auch er nicht bei einem vom Bund anerkannten Versicherer versichert war (Urteil vom 20. Mai 2008, VBE.2008.180).

16 § 17 Abs. 4 und 6 EG KVG

Prämienverbilligung: Neubeurteilung des Anspruches infolge Einkommensminderung. Bei mehreren Änderungen der Einkommenssituation in-

nerhalb einer Beurteilungsperiode ist zur Beantwortung der Frage, ob eine für den Prämienverbilligungsanspruch massgebliche Einkommensminderung von mindestens 20 % vorliegt, das tatsächlich erzielte Einkommen nach der letzten Veränderung mit demjenigen der rechtskräftigen Steuerveranlagung zu vergleichen.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. August 2009 in Sachen I.M. gegen SVA Aargau (VBE.2009.268).

Aus den Erwägungen

2.

Die Beschwerdeführerin beantragt die Ausrichtung von Prämienverbilligungsbeiträgen für das Jahr 2009. Ihr Gesuch reichte sie am 30. Mai 2008 bei der Gemeindezweigstelle der SVA Aargau in W. ein. Die letzte bis zum 31. Mai 2008 rechtskräftig eröffnete definitive Steuerveranlagung ist im vorliegenden Fall die Steuerveranlagung 2005.

(...)

3.2.2.

Eine weitere Veränderung der Erwerbssituation ergab sich durch den Studienbeginn der Beschwerdeführerin am 15. September 2007. Ab diesem Zeitpunkt war sie nurmehr teilzeitlich erwerbstätig. Da die vorgenannte Einkommensreduktion vom November 2006 bis Juni 2007 im Rahmen des Prämienverbilligungsgesuches nicht zu beachten ist (da nicht innerhalb der 12monatigen Frist gemäss § 17 Abs. 5 EG KVG gemeldet), handelt es sich beim Studienbeginn und der Einschränkung der Erwerbstätigkeit per 15. September 2007 um einen normalen, erstmaligen Änderungstatbestand i.S.v. § 17 Abs. 4 EG KVG. Die Frage, ob und gegebenenfalls wie lange die vorherige Veränderung zurückliegt, stellt sich daher gar nicht bzw. ist irrelevant.

Sodann ist zu beachten, dass eine wesentliche Veränderung der Erwerbssituation i.S.v. § 17 Abs. 4 und 5 EG KVG dann vorliegt, wenn im Vergleich zur massgeblichen definitiven Steuerveranlagung

eine Einkommensminderung von mindestens 20 % eintritt (§ 17 Abs. 6 EG KVG). Zu vergleichen ist somit nicht das Einkommen der Beschwerdeführerin ab 15. September 2007 mit dem Verdienst der Vormonate, sondern mit dem Einkommen gemäss der Steuerveranlagung 2005. Die Möglichkeit, durch einen Antrag nach § 17 Abs. 4 EG KVG den Prämienverbilligungsanspruch aufgrund der aktuellen Verhältnisse abklären zu lassen, wurde geschaffen, um Veränderungen der Einkommenssituation zwischen der Eröffnung der massgeblichen Steuerveranlagung und dem Gesuchsjahr berücksichtigen zu können und unsachgemässe Entscheide, welche sich dadurch ergeben, dass auf eine möglicherweise mehrere Jahre zurückliegende Steuerveranlagung abgestellt werden muss, zu verhindern. Aus dem Sinn der Norm heraus ist daher abzuleiten, dass zur Beurteilung der Frage, ob veränderte Verhältnisse im Sinne von § 17 Abs. 4 und 5 EG KVG vorliegen, die aktuelle Einkommenssituation mit dem Einkommen der massgebenden Steuerveranlagung zu vergleichen ist und nicht mit dem Einkommen einer beliebigen Vorperiode bzw. der Monate vor der Veränderung. Damit ist es auch unerheblich, dass im vorliegenden Fall zwei Veränderungen kurz nacheinander eintraten (Reise ab November 2006 / Studienbeginn 15. September 2007). Jeder dieser Gründe erfüllt die Voraussetzungen der mindestens 20 %igen Einkommensreduktion - im Vergleich zur Steuerveranlagung 2005 - über eine Dauer von mindestens sechs Monaten. Da das verminderte Einkommen mit dem Einkommen gemäss massgebender Steuerveranlagung zu vergleichen ist, kann dem Einwand der Beschwerdegegnerin, zwischen zwei Veränderungsgründen müsse eine Dauer uneingeschränkter Erwerbstätigkeit von mindestens sechs Monaten liegen, nicht gefolgt werden.

17 Art. 19 BVG

Hinterlassenrente der beruflichen Vorsorge. Anrechnung von Konkubnats- und Ehejahren zur Beurteilung des Leistungsanspruches. Auslegung des Pensionskassenreglements nach dem objektiven Erklärungsgehalt.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 2. Dezember 2008 in Sachen H.B. gegen Pensionskasse G. (VKL.2008.28).

Aus den Erwägungen

2.

Streitig ist, ob die Klägerin Anspruch auf eine Partnerrente im Todesfall der versicherten Person gemäss Art. 19 BVG und Art. 14 des Reglements der Beklagten, Ausgabe 2007, hat. (...)

2.2.1.

Die Klägerin macht insbesondere geltend, die Dauer des vor der Ehe bestandenen Konkubinats sei an die Ehedauer anzurechnen. Dies im Sinne der durch die Reglementsänderung per 1. Januar 2007 erwünschten Gleichstellung von Konkubinat und Ehe. Da die Klägerin seit 1987 bis zum Eheschluss im September 2005 im Konkubinat mit X. sel. gelebt habe, werde die geforderte Fünfjahresfrist bei Weitem erfüllt.

Das Zusammenrechnen von Konkubinatsjahren mit Ehejahren ist in Art. 14 des Reglements nicht vorgesehen. Es fragt sich daher, wie die Reglementsbestimmung von den Versicherten in guten Treuen verstanden werden muss (Vertrauensprinzip, vgl. Erw. 2.1. vorstehend) und ob im Speziellen aus der Reglementsbestimmung auf die Möglichkeit der Anrechnung der Dauer des vor der Ehe gelebten Konkubinats geschlossen werden kann.

2.2.2.

In Ziff. 14.1 des Reglements werden die drei verschiedenen Lebensformen definiert, welche als Partnerschaft im Sinne des Reglements gelten. Ziff. 14.2 nennt sodann die Voraussetzungen des Anspruches auf eine Partnerrente. Es sind dies: die anspruchsberechtigte Person muss Partner der verstorbenen, aktiv versicherten Person gewesen sein, die anspruchsberechtigte Person muss mindestens 45-jährig sein und die Partnerschaft muss mindestens fünf Jahre angedauert haben. In dieser Ziffer wird nicht mehr unterschieden zwischen Partnerschaft als Ehe, Konkubinat oder eingetragene Partnerschaft, sondern es werden einzig die Voraussetzungen "Partner" und

"Partnerschaft" genannt. Was darunter zu verstehen ist, wird in Ziff.14.1 definiert. Der objektive Erklärungsgehalt dieser Bestimmung lautet somit dahingehend, dass eine mindestens fünfjährige Partnerschaft im Sinne eines Zusammenlebens als Ehe und/oder Konkubinats und/oder eingetragenen Partnerschaft bestehen muss. (...) Dass sich die fünfjährige Dauer auf eine Kategorie von Ziff. 14.1 beschränken würde, wird weder ausdrücklich gesagt noch liegt dies im Wortsinn der Begriffe "Partner" bzw. "Partnerschaft". Hätte die Beklagte dies gewollt, hätte sie in Ziff. 14.2 des Reglements ausführen müssen, Anspruch auf eine Partnerrente bestehe für Ehegatten nach einer fünfjährigen Ehedauer, bei Konkubinatspartnern nach einer fünfjährigen Konkubinatsdauer und bei der eingetragenen Partnerschaft frühestens fünf Jahre nach der Eintragung. Tatsächlich wurde Ziff. 14.2 des Reglements aber offen formuliert und nur die fünfjährige Partnerschaft genannt. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der per 1. Januar 2007 vorgenommenen Reglementsrevision, mit welcher das Konkubinats- und die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt werden sollten. Würde aber - wie dies die Beklagte geltend macht - bei Ehegatten nur die Ehedauer angerechnet, würden Paare, die unterdessen geheiratet haben, schlechter gestellt, als wenn sie das vorher gelebte Konkubinatspartnerschaft weitergeführt hätten. Aus der angestrebten Gleichstellung der Konkubinatspartner würde damit eine Schlechterstellung der Ehepaare resultieren, was nicht Sinn und Zweck der Reglementsrevision gewesen sein kann.

2.2.3.

Nach dem objektiven Erklärungsgehalt von Ziff. 14.2 des Reglements ist somit die gesamte Dauer der Partnerschaft gemäss Ziff. 14.1, unabhängig davon, ob in der Form der Ehe oder des Konkubinats gelebt, anzurechnen. Soweit die Beklagte einwendet, das Konkubinatspartnerschaft dürfe ohnehin nur berücksichtigt werden, wenn es ihr gemeldet und eingetragen worden sei, ist zu beachten, dass die Voraussetzung der Meldung und Eintragung des Konkubinats erst seit 1. Januar 2007 vorgesehen ist. Die Klägerin bzw. ihr Partner hatten gar keinen Anlass zu dieser Meldung/Eintragung, da sie im damaligen Zeitpunkt nicht mehr im Konkubinatspartnerschaft lebten, sondern verheiratet waren. Die Klägerin und X. sel. hatten somit weder zeitlich noch

sachlich Anlass bzw. die Möglichkeit, ihr Konkubinat eintragen zu lassen. Deswegen aber das vor Eheschluss über Jahre gelebte Konkubinat nicht zu berücksichtigen, wäre rechtsmissbräuchlich. Die Beklagte legte in ihrem Reglement im übrigen weder bei Ziff. 14 noch in den Übergangsbestimmungen fest, ob in der anrechenbaren Konkubinatsdauer auch die Zeit vor 1. Januar 2007 Berücksichtigung findet. In Ermangelung einer entsprechenden Regelung und ausgehend vom Reglementswortlaut, welcher von einem gemeinsamen Haushalt von „mindestens 5 Jahre(n)“ spricht und demnach auch „alte“ Konkubinatsverhältnisse mitumfasst, ist dies zu bejahen.

18 Art. 13 BVG; Art. 23, 24 und 28 APK-Reglement; Art. 8 Abs. 1 und Art. 91 BV

Die vorzeitige Pensionierung mit 61 Jahren ist auch nach dem Wechsel der APK vom Leistungs- zum Beitragsprimat möglich. Verfassungsmässige Rechte, Normen des Berufsvorsorgerechts oder von Statuten und Versicherungsbedingungen wurden beim Primatwechsel in Bezug auf die Regelung der vorzeitigen Pensionierung nicht verletzt.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. August 2009 in Sachen R.W. gegen Aargauische Pensionskasse (VKL.2008.41).

Aus den Erwägungen

2.4.

Die Möglichkeit der vorzeitigen Pensionierung ohne Leistungskürzung für Lehrer im Alter 61 wurde mit dem LPVK-Reglement 1999 geschaffen. Bei der Überführung der Lehrerpensionskasse (LPVK) in die Aargauische Pensionskasse (APK) per 1. Januar 2004 wurde diese Möglichkeit des privilegierten Rentenvorbezugs durch die Aufnahme einer entsprechenden Übergangsbestimmung in das APK-Reglement weitergeführt (§ 56 APK-Reglement 1995). Per 1. Januar 2008 erfolgte sodann bei der APK der Primatwechsel, d.h. vom bisher geltenden Leistungsprimat ging die Kasse zum Beitragsprimat über. Dies erforderte eine umfassende Reglementsänderung.

Dabei wurde das ordentliche Rentenalter für alle männlichen Angestellten des Kantons auf 65 Jahre festgelegt. Eine vorzeitige Pensionierung bzw. ein Vorbezug von Altersleistungen ist ab Alter 58 zwar möglich, jedoch ist dies verbunden mit einer Kürzung der Rentenleistungen. § 56 des alten APK-Reglements wurde ersatzlos gestrichen, d.h. die privilegierte Vorbezugsregelung ab Alter 61 wurde aufgehoben. (...) Strittig und zu prüfen ist, ob beim Primatwechsel per 1. Januar 2008 die Möglichkeit des privilegierten Rentenvorbezugs im Alter von 61 Jahren (nach 40 Dienstjahren) zu Unrecht bzw. in Verletzung des geltenden Gesetzes- und Verfassungsrechts gestrichen wurde.

2.4.1.

Die grundsätzliche Zulässigkeit eines Wechsels vom Leistungs- zum Beitragsprimat wird anerkannt (Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, S. 510 N 1350). Kommt es zu einer Reglementsänderung, die zu einer Leistungsherabsetzung führt, ist abzuklären, inwieweit schützenswerte Interessen bestehen. Eine Grenze wird dort gesehen, wo in Vermögensrechte eingegriffen wird; ein Eingriff in bereits laufende Renten ist bei einem Primatwechsel mithin nicht ohne weiteres zulässig. Zu beachten sind generell die Kriterien der Gleichbehandlung und des Willkürverbots. So ist eine Änderung oder gar Aufhebung eines Leistungsversprechens aus sachlichen Gründen zulässig. Ebenso ist die Erhöhung der Beitragsjahre bis zum Erreichen des Rentenalters bzw. die Erhöhung des ordentlichen Rentenalters oder eine betragsmässige Kürzung einer anwartschaftlichen Leistung zulässig, allerdings ist der Grundsatz zu beachten, dass das bereits angesparte Kapital nicht zweckentfremdet werden darf (Stauffer, a.a.O., S. 511 N 1352 f.; Ueli Kieser, Besitzstand, Anwartschaft und wohlervorbene Rechte in der beruflichen Vorsorge, SZS 1999 S. 312).

Per 1. Januar 2008 ging die APK vom Leistungs- zum Beitragsprimat über. Bereits laufende Renten wurden von der Änderung ausgenommen (vgl. § 51 Abs. 1 APK-Reglement 2008). Die Änderungen im Leistungsbereich wurden für alle übrigen Versicherten gleichermassen umgesetzt. Bereits angespartes Kapital wurde vollumfänglich als persönliches Sparkapital übernommen. Insoweit ist

der Primatwechsel per 1. Januar 2008 unter Beachtung des Gleichheitsgebotes umgesetzt worden. Auch eine Verletzung des Willkürverbotes ist nicht ersichtlich.

2.4.2.

Der Kläger moniert des Weiteren, beim Primatwechsel seien wohlerworbene Rechte, wie etwa das Recht der langjährigen Versicherten, sich nach 40 Dienstjahren mit privilegierten Altersleistungen pensionieren zu lassen, verletzt worden.

(...)

Im LPVK-Reglement 1999 wurde bezüglich des privilegierten Altersrentenvorbezugs kein wohlerworbenes Recht geschaffen; weder wurden generell noch bezüglich einer bestimmten Norm zukünftige Gesetzesänderungen ausgeschlossen, noch anderweitige Garantien statuiert. Dabei ist zu beachten, dass Statuten öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen (was die LPVK war; vgl. § 1 Abs. 3 LPVK-Reglement 1999) auch dann geändert werden dürfen, wenn sie keinen ausdrücklichen Abänderungsvorbehalt aufweisen, welcher für privatrechtliche Vorsorgestiftungen gefordert wird (BGE 134 I 36 Erw. 7.2). Auch individuelle Zusicherungen gegenüber dem Kläger wurden ausweislich der Akten nicht abgegeben. Dass die Regelung der Frühpensionierung langjähriger Angestellter in die Übergangsbestimmungen des APK-Reglements (§ 56 APK-Reglement 1995) übernommen wurde, kann ebenso nicht als Garantie im Sinne eines wohlerworbenen Rechts qualifiziert werden. Zudem ist zu beachten, dass die Möglichkeit der vorzeitigen Pensionierung ohne Leistungseinbuße erst 1999 geschaffen wurde (vgl. Erw. 2.3. vorstehend); dieser besondere Leistungsanspruch besteht somit nicht schon seit Jahrzehnten, und kann daher auch nicht bereits durch Zeitablauf den Status eines wohlerworbenen Rechts erworben haben. Auch aus dem Umstand, dass es sich bei der LPVK um eine Leistungsprimatkasse handelte, kann nicht auf eine individuelle Zusicherung einer bestimmten Leistungshöhe ohne Änderungsvorbehalt geschlossen werden (Geiser, a.a.O., S. 624). Die Möglichkeit der vorzeitigen Pensionierung mit 61 Jahren / nach 40 Dienstjahren ohne Leistungseinbuße bei der Altersrente kann somit nicht als wohlerworbenes Recht qualifiziert werden.

2.4.3.

Der Kläger macht weiter geltend, das Rechtsgleichheitsgebot sei verletzt, da Lehrerkollegen, welche bis 31. Dezember 2007 61 Jahre alt geworden seien, noch von der privilegierten Rentenregelung hätten profitieren können, während nur ein oder zwei Jahre ältere Versicherte - so wie er - seit 1. Januar 2008 davon ausgeschlossen seien.

(...)

Ein Lehrer mit Jahrgang 1946 ist im Sinne der vorgenannten Bestimmung (Art. 8 Abs. 1 BV) nicht sachlich gleich zu stellen wie der Kläger mit Jahrgang 1949. Da bei einem Leistungsfall immer dasjenige Recht anzuwenden ist, welches bei Eintritt des Leistungsgrundes Geltung hatte, ist auf Versicherte mit Jahrgang 1947 bezüglich der Frühpensionierung im Alter 61 noch auf die 2007 gültig gewesenen Normen, d.h. die Regelung vor Übergang der APK zum Beitragsprimat abzustellen. Für alle nachfolgenden Jahrgänge kann das nicht mehr gelten. Art. 8 BV wird dadurch nicht verletzt, da es sich eben gerade nicht um gleiche Gegebenheiten handelt. Zudem wurden nicht einzelne Versicherte von einem Leistungsanspruch ausgeschlossen, sondern eine generelle Grenze gezogen zwischen der Gruppe von Versicherten mit den Jahrgängen 1946 und älter und 1947 und jünger. Solche Abgrenzungen sind zulässig, soweit innerhalb der einzelnen Gruppen alle Versicherten gleich behandelt werden.

Ebenfalls nicht tangiert wird die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), handelt es sich beim Rentenanspruch des Klägers doch lediglich um eine Anwartschaft, welche durch den Primatwechsel bzw. die Statutenänderung 2008 in ihrer Grundlage (Sparkapital) nicht reduziert wird.

(...)

2.4.4.

Ebenfalls keine verfassungsmässigen Rechte wurden verletzt, indem bei der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Reglementsrevision keine Übergangsbestimmung zur Frage des Altersrentenvorbezugs aufgenommen wurde. Angemessene Übergangsfristen können unter Umständen für neue belastende Regelungen aus dem Grundsatz

von Treu und Glauben geboten sein (BGE 130 I 60 Erw. 8.1). Übergangsfristen haben jedoch nicht den Zweck, die Betroffenen möglichst lange von der günstigeren bisherigen Regelung profitieren zu lassen, sondern einzig, ihnen eine angemessene Frist einzuräumen, sich an die neue Regelung anzupassen. Eine mit Treu und Glauben begründete Übergangsfrist soll den Betroffenen ermöglichen, ihre Lebenshaltung an ein allfällig reduziertes Einkommen anzupassen (BGE 134 I 40 Erw. 7.6.1). Im konkreten Fall ist zu beachten, dass der Kläger bei der Pensionierung im Alter 61 keine Leistungseinbusse gegenüber der Regelung vor dem Primatwechsel hinnehmen muss. Im Gegenteil fällt die Rentenhöhe im Beitragsprimat - aufgrund der Zusatzgutschrift des Kantons - noch höher aus als im Leistungsprimat. Gleiches gilt für die Pensionierung im Alter von 63 Jahren. Der Unterschied liegt allein darin, dass im Leistungsprimat zwischen 61 und 63, d.h. bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters, keine weitere Erhöhung der Altersrente mehr erreicht werden konnte, während im Beitragsprimat weiteres Sparguthaben und weitere Zinsen geäufnet werden können und sich auch durch die Anwendung eines höheren Umwandlungssatzes eine höhere Altersrente ab 63 bzw. ab 65 Jahren ergibt. Dies ist jedoch kein Nachteil der Versicherten, welcher durch entsprechende Übergangsfristen aufgefangen werden könnte und müsste.

(...)

2.5.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass weder generell bezüglich des Primatwechsels der APK per 1. Januar 2008 noch individuell betreffend die Möglichkeit des Klägers, nach 40 Dienstjahren im Alter von 61 Jahren vorzeitig in Pension zu gehen, eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte, von Normen des Berufsvorsorgerechts oder von Statuten und Versicherungsbedingungen vorliegt. Dem Kläger bleibt es unbenommen, sich per 1. März 2010 pensionieren zu lassen, doch kann er dabei keine Alterleistungen verlangen, wie er sie bei Weiterführung der Erwerbstätigkeit bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters beanspruchen könnte. (...)

19 Art. 85 Abs. 3 VAG

Die obsiegende, anwaltlich vertretene Versicherungsgesellschaft hat - wie in allen Zweigen der Sozialversicherung - auch bei den Klageverfahren betreffend Krankentaggeldversicherung nach VVG keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 8. September 2009 in Sachen A.D. gegen Versicherungsgesellschaft A. (VKL.2009.13).

Aus den Erwägungen

3.2.

Die Beklagte ist im Rahmen der Krankentaggeldversicherung nach VVG Privatversichererin (nicht Sozialversicherungsträgerin) und als solche bei Obsiegen grundsätzlich berechtigt, eine Parteientschädigung geltend zu machen.

Dem steht der nach geltendem Recht in allen Sozialversicherungszweigen gesetzlich festgeschriebene Grundsatz der Kostenfreiheit als tragendes Prinzip des Sozialversicherungsprozesses gegenüber. Mit Art. 85 Abs. 3 VAG hat der Gesetzgeber, dem gleichen Gedanken folgend, auch bezüglich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ein einfaches, rasches und grundsätzlich kostenloses Verfahren vorgesehen; dem Versicherten sollen in diesem Bereich gegenüber dem Privatversicherer die gleichen prozessualen Erleichterungen zuteil werden wie gegenüber dem Sozialversicherer. Die in Art. 85 Abs. 3 VAG angeordnete Kostenfreiheit würde weitgehend ihres Gehalts entleert, wenn die versicherte Person im Unterliegensfall damit rechnen muss, zwar keine Gerichtskosten, hingegen eine - wie im vorliegenden Fall - hohe Parteientschädigung an den obsiegenden Privatversicherer zu bezahlen. Es rechtfertigt sich daher, den in allen Sozialversicherungszweigen geltenden Grundsatz, wonach der obsiegende Sozialversicherungsträger keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Versicherten hat, ausser bei mutwilliger und leichtsinniger Prozessführung (vgl. BGE 126 V 143), in allen Verfahren betreffend Zusatzversicherungen zur sozia-

len Krankenversicherung und auch der Krankentaggeldversicherung nach VVG anzuwenden. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als das Versicherungsgericht mit Entscheid vom 20. September 2005 (VKL.2005.48) die Krankentaggeldversicherung nach VVG als Zusatzversicherung zum KVG gewertet (und damit seine sachliche Zuständigkeit bejaht) hat. Der Grundsatz der Kostenfreiheit hat daher auch bei der Krankentaggeldversicherung nach VVG zu gelten.

Der Beklagten ist damit keine Parteientschädigung zuzusprechen.

- 20 Art. 142 ZGB; Art. 22 Abs. 2 und Art. 25a FZG; Art. 30c Abs. 6 BVG**
Bei der Teilung der Freizügigkeitsleistungen im Anschluss an die Ehescheidung sind während der Ehe getätigte WEF-Vorbezüge der jeweiligen Austrittsleistung per Scheidungsdatum hinzuzurechnen. Sachenrechtliche und güterrechtliche Fragen im Zusammenhang mit einer durch Vorbezug finanzierten Liegenschaft sind vom Scheidungsgericht zu beurteilen.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 16. Juni 2009 in Sachen S.C. gegen F.I. (VKL.2007.74).

Aus den Erwägungen

3.4.

Die Klägerin bestreitet die vom Gericht errechneten, zur Teilung zu bringenden Vorsorgeguthaben der Parteien nicht, machte aber geltend, ihr WEF-Vorbezug von Fr. 50'000.-- bleibe bei dieser Art der Teilung unberücksichtigt. Der Betrag von Fr. 50'000.-- sei ihr daher zusätzlich aus dem Vorsorgevermögen des Beklagten zu übertragen.

Hiezu ist anzuführen, dass der im Juli 2001 getätigte WEF-Vorbezug der Klägerin in Höhe von nominal Fr. 50'000.-- nicht unberücksichtigt geblieben ist, sondern - wie auch der WEF-Vorbezug des Beklagten vom September 2001 in Höhe von Fr. 71'547.-- - der jeweiligen Austrittsleistung per Scheidungsdatum hinzugerechnet wurde, da ein Vorbezug aus Wohneigentum als Freizügigkeitsleis-

teilung gilt und entsprechend ebenfalls nach Art. 22 Abs. 2 FZG zu teilen ist (vgl. 30c Abs. 6 BVG und Art. 331e Abs. 6 OR; BGE 132 V 344 Erw. 3.1, 128 V 235 Erw. 3). Auf diese vorsorgerechtlichen Aspekte der Teilung der Austrittsleistung beschränkt sich die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts. Die sich im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens im Zusammenhang mit einer durch einen Vorbezug finanzierten ehelichen Liegenschaft stellenden Fragen, wie beispielsweise in güterrechtlicher oder sachenrechtlicher Hinsicht, hat das Scheidungsgericht zu beurteilen. Eine sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts für die Beurteilung solcher Fragen ergibt sich weder aus Art. 25a FZG noch aus Art. 142 ZGB (BGE 132 V 344 Erw. 3.1). Welcher der Parteien die Liegenschaft in O. zugeteilt wurde, mit welchen güterrechtlichen Auswirkungen und ob zu Recht, kann vom Versicherungsgericht im vorliegenden Verfahren nicht mehr überprüft werden. Auch ob allenfalls eine Ausgleichszahlung des Beklagten an die Klägerin für den von ihr in die Liegenschaft investierten WEF-Vorbezug von Fr. 50'000.-- angeordnet wurde bzw. hätte angeordnet werden müssen, ist eine Frage des Güterrechts und nicht der Teilung der Freizügigkeitsguthaben und gehört damit nicht in die Zuständigkeit des Versicherungsgerichts. Eine zum Teilungsanspruch von Fr. XX zusätzliche Zahlung des Beklagten von Fr. 50'000.-- an die Klägerin kann daher nicht angeordnet werden.

21 Krankentaggeld nach VVG

Taggeldleistungen sind zu erbringen, wenn eine Krankheit im Sinne des Gesetzes bzw. des Reglements vorliegt. Was diese Krankheit verursachte, ist für den Leistungsanspruch unerheblich.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 10. Februar 2009 in Sachen R.M. gegen Krankenkasse S. (VKL.2008.64).

Aus den Erwägungen

3.3.2.

Krankheit wird in Art. 3 AVB folgendermassen definiert:

„Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.“

Der Umstand, dass das Gewicht der Klägerin derart stark abnahm und zu erheblichen gesundheitlichen Folgeerscheinungen führte, bewirkte eine körperliche Beeinträchtigung der Gesundheit, welche eine medizinische Behandlung erforderte (zur Verhinderung eines weiteren Gewichtsverlusts, der gesundheitlichen Stabilisierung und der versuchten Gewichtszunahme durch Abgabe spezieller Trinknahrung) und zu Arbeitsunfähigkeit führte. Die Kriterien des Krankheitsbegriffes sind damit erfüllt; das Untergewicht der Klägerin stellt demzufolge eine Krankheit im Sinne von Art. 3 AVB dar. Welche Ursache dieses Untergewicht hat, ist dabei unerheblich. Entscheidend ist nicht die psychosoziale Belastungssituation der Klägerin oder ihre schwache Konstitution, sondern allein die Tatsache, dass - ab September 2006 und über März 2007 hinaus - ein ärztlich attestiertes krankhaftes Untergewicht bestand. Die Krankheit ist das in massiver Form eingetretene Untergewicht an sich; wie es zu dieser Krankheit gekommen ist, spielt bei der Frage, ob eine Krankheit vorliegt, keine Rolle.

(...)

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass das erhebliche Untergewicht der Klägerin eine Krankheit im Sinne von Art. 3 AVB darstellt. Im Frühjahr 2007 war das Normalgewicht von 47 kg noch nicht erreicht. Die Beklagte hätte daher ihre Taggeldleistungen nicht per 25. März 2007 einstellen dürfen.

Verwaltungsgericht

I. Strassenverkehrsrecht

- 22 Entzug des Führerausweises; vorsorglicher Sicherungszug
- Kostenregelung gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens betreffend vorsorglicher Sicherungszug des Führerausweises.
 - Es ist sachgerecht darauf abzustellen, wer das Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren veranlasst hat (summarische Prüfung), und in welchem Stadium (vor welcher Instanz) das Verfahren gegenstandslos geworden ist, wobei sich für das Verfahren vor dieser Instanz eine pauschale Kostenaufteilung aufdrängt, während der Kostenentscheid der Vorinstanz nicht zu korrigieren ist (Bestätigung der Rechtsprechung, vgl. AGVE 1998, S. 160 ff.).

vgl. AGVE 2009 52 280

- 23 Warnungszug
- Verfahrens- und Parteikostenverlegung gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei teilweisem Obsiegen (neuer Parteibegriff; Verrechnung).

vgl. AGVE 2009 51 278

II. Straf- und Massnahmenvollzug

24 Arbeitspflicht im Straf- bzw. Massnahmenvollzug

- **Im Straf- und Massnahmenvollzug besteht auch nach Erreichen des ordentlichen Pensionsalters eine Arbeitspflicht; dies gilt auch für verwarnte Täter (Erw. II/1).**
- **Der Verurteilte wird in angemessener Weise an den Kosten des Vollzugs beteiligt, wenn er grundlos eine ihm zugewiesene Arbeit verweigert (Erw. II/2).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 16. September 2009 in Sachen K.W. gegen den Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2009.181).

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Im vorliegenden Verfahren gilt es, die Frage zu klären, ob der Beschwerdeführer, welcher das ordentliche Pensionsalter bereits überschritten hat und über den die Verwahrung angeordnet worden ist, zur Arbeit verpflichtet werden kann.

Gemäss § 58a Abs. 2 SMV wird die Verwahrung gemäss den Bestimmungen über den Normalvollzug in einer geschlossenen Vollzugsanstalt vollzogen.

1.2.

1.2.1.

Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, die Arbeitspflicht bestehe nach schweizerischer Rechtstradition auch für Inhaftierte, welche das ordentliche Pensionsalter erreicht haben. Beim Beschwerdeführer sei die Arbeitsfähigkeit weiterhin gegeben -

auch nach Überschreitung des AHV-Pensionsalters und bei Beeinträchtigung durch eine schwere psychische Störung. Der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers lasse einen Arbeitseinsatz - insbesondere in einem körperlich weniger anstrengenden Bereich - weiterhin zu.

1.2.2.

Der Beschwerdeführer hingegen macht geltend, er habe (...) das ordentliche AHV-Alter von 65 Jahren erreicht; es sei "äusserst stossend", wenn ein seit mehreren Jahren pensionierter Insasse zur Arbeit verpflichtet werde. Es könne nicht sein, dass von einem Insassen Arbeit verlangt werde und diese angebliche Arbeitspflicht mit der schweizerischen Rechtstradition begründet werde, wenn gemäss geltender AHV-Gesetzgebung nach Vollendung des 65. Lebensjahres keine Arbeitspflicht mehr bestehe. Aufgrund der Erreichung des ordentlichen Pensionsalters könne der Beschwerdeführer nicht zur Arbeit angehalten werden.

1.3.

1.3.1.

(...)

Das geltende Schweizerische Strafgesetzbuch nennt als allgemeines Vollzugsziel in Art. 75 Abs. 1 Satz 1, das soziale Verhalten des Gefangenen zu fördern, insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben. Mit anderen Worten soll der Strafvollzug auf Resozialisierung und Rückfallsvermeidung ausgerichtet sein. Die Gefangenen sind gemäss dem Wortlaut des Strafgesetzbuches verpflichtet, aktiv bei den Sozialisierungsbemühungen und Entlassungsvorbereitungen mitzuwirken. Der Gesetzgeber geht somit davon aus, dass die Fähigkeit, sozialadäquat zu handeln, die Aussicht, ein straffreies Leben nach der Entlassung führen zu können, befördert. Dies wird am wirkungsvollsten erreicht, wenn der Inhaftierte während des Vollzuges erkennen lernt, dass ein selbstverantwortliches Leben ohne Delinquenz seinem bisherigen vorzuziehen ist, und er somit das Ziel, künftig straffrei zu leben, zu seinem persönlichen Lebensentwurf macht. Die persönliche Mitwirkung bei der Gestaltung des Vollzugaufenthaltes und die persönliche Einsicht des Strafgefangenen in sein begangenes Unrecht erscheinen somit als unumgängliche Prämisse bei der Um-

setzung des allgemeinen Vollzugszieles (vgl. Benjamin F. Brägger, Der neue Allgemeine Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches – erste Erfahrungen mit dem Vollzugsplan: Nur ein gordischer Knoten oder unerlässliches Koordinationsinstrument? publiziert in: Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK) 1/2008, S. 26 - 33).

1.3.2.

Die Arbeitspflicht ist seit jeher im Schweizerischen Strafgesetzbuch verankert (vgl. dazu ausführlich Andrea Baechthold, Die Arbeitspflicht im Strafvollzug - ein Grundpfeiler der Freiheitsstrafe oder eine überkommene Ideologie? in: ZStrR, Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung; Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, Bern 1992, S. 383 ff.). Art. 81 Abs. 1 des geltenden Schweizerischen Strafgesetzbuches hält fest, dass der Gefangene zur Arbeit verpflichtet ist, wobei die Arbeit so weit als möglich seinen Fähigkeiten, seiner Ausbildung und seinen Neigungen zu entsprechen hat. Gemäss Art. 90 Abs. 3 StGB (Marginalie: "Vollzug von Massnahmen") wird der Eingewiesene zur Arbeit angehalten, sofern er arbeitsfähig ist und soweit seine stationäre Behandlung oder Pflege dies erfordert oder zulässt. Die Artikel 81 bis 83 StGB werden in diesem Zusammenhang als sinngemäss anwendbar erklärt.

1.3.3.

Entsprechend Art. 81 Abs. 1 StGB hält § 66 SMV das Folgende fest:

" 5. Arbeit und Ausbildung

1 Die Gefangenen im Normalvollzug sind zur Arbeit oder Ausbildung verpflichtet, soweit die Vollzugsanstalt über ein entsprechendes Angebot verfügt (...).

2 Für die geleistete Arbeit beziehungsweise für an deren Stelle besuchte Ausbeziehungsweise Weiterbildung erhalten die Gefangenen ein angemessenes Entgelt beziehungsweise eine angemessene Vergütung. Die Vollzugsanstalt bestimmt die Höhe des Entgelts oder der Vergütung anhand der erbrachten Leistung und unter Berücksichtigung der Richtlinien des Strafvollzugskonkordats über das Arbeitsentgelt. Sie legt die Art der Auszahlung oder Gutschrift fest."

1.3.4.

Gemäss Art. 83 StGB (vgl. auch den hiervor zitierten § 66 Abs. 2) erhält der Gefangene für seine Arbeit ein von seiner Leistung abhängiges und den Umständen angepasstes Entgelt (Abs. 1). Der Gefangene kann während des Vollzugs nur über einen Teil seines Arbeitsentgeltes frei verfügen. Aus dem anderen Teil wird für die Zeit nach der Entlassung eine Rücklage gebildet (Abs. 2).

1.3.5.

Das Gesetz sieht keine Altersbegrenzung für die Arbeitspflicht im Strafvollzug vor. In diesem Zusammenhang führen Hans-Ulrich Meier / Ernst Weilenmann im Basler Kommentar Strafrecht I (Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht I, 2., überarbeitete Auflage, Basel 2007) aus, die Arbeitspflicht bestehe nach schweizerischer Rechtstradition auch für Inhaftierte, welche vor dem Haftantritt Leistungen der Invalidenversicherung bezogen oder bereits das ordentliche Pensionierungsalter gemäss AHV erreicht haben. Diese seien im Rahmen von arbeitstherapeutischen Massnahmen gezielt zu fördern. Somit seien grundsätzlich auch pensionierte Strafgefangene während des Vollzugs zur Arbeit verpflichtet, welche ihrem körperlichen und geistigen Zustand entspricht. Gerade bei längeren Strafen bilde die Arbeit eine willkommene Abwechslung und Strukturierung des Anstaltsalltages (a.a.O., Art. 82 Rz. 8).

1.4.

1.4.1.

Zweifellos ist der Arbeitseinsatz im Straf- und Massnahmenvollzug nicht mit einem ordentlichen Arbeitsverhältnis auf dem freien Arbeitsmarkt vergleichbar. Bei der Arbeitspflicht gemäss Art. 81 Abs. 1 StGB handelt es sich um einen Arbeitseinsatz in einem geschlossenen System, der mit der Arbeit im Erwerbsleben auch lohnmassig nicht vergleichbar ist (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts vom 25. Oktober 2007 [8C_176/2007], Erw. 4.2). Das Verwaltungsgericht stimmt den Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Beschwerdeantwort (...) zu, wonach eine den Fähigkeiten des Gefangenen angemessene Arbeit auch als eine arbeitstherapeutische Beschäftigung für körperlich und geistig minder leistungsfähige Insas-

sen ausgestaltet sein kann, und dass sie in der Regel weit über das bloße Erbringen einer Arbeitsleistung hinaus geht, indem sie dem Gefangenen eine sinnvolle Tagesstruktur vorgibt, er sich in einem sozialen Gefüge bewegen muss und so seine geistige und körperliche Leistungsfähigkeit besser erhalten kann. Dass die Beschäftigung auch der Erhaltung und Förderung von sozialen Fähigkeiten und Fertigkeiten dient, die zur allfälligen späteren Wiedereingliederung in die Gesellschaft notwendig sind, ist wohl unbestritten. Durch die sinnvolle Einsetzung in einen Arbeitsprozess vermittelt die Anstalt Techniken im Arbeits- und auch im Sozialverhalten, die der Wiedereingliederung dienen. Dies fördert die Resozialisierung und erhöht deshalb die Sicherheit der Bevölkerung während und auch nach dem Vollzug. Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, indem sie die Beschäftigung im Straf- und Massnahmenvollzug aus diesen Gründen als wichtigen Bestandteil für das Erreichen des Vollzugsziels, das soziale Verhalten und die Fähigkeit, straffrei zu leben, zu fördern, sieht, zumal die Arbeit auch auf die Stärkung der Eigenverantwortung und Sicherung der sozialen Integration zielt. Denn nicht zuletzt soll der Vollzug der Freiheitsstrafe dazu beitragen, die Eingliederungschancen der Gefangenen zu verbessern, denn die primäre Legitimation der staatlichen Strafe liegt in der Verhinderung künftiger Straftaten (vgl. dazu auch Baechthold, a.a.O., S. 388).

1.4.2.

Dementsprechend beschreibt § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Organisation der Strafanstalt Lenzburg vom 21. Januar 2004 unter dem Titel "Vollzugsziele", dass der Vollzug durch Erziehung, Betreuung, Behandlung, Bildung, sinnvolle Freizeitgestaltung sowie durch Arbeit bessernd auf die Gefangenen wirken soll, um diesen nach der Entlassung ein deliktfreies Leben zu ermöglichen. So sollen Fähigkeiten gefördert werden, die auch nach der Entlassung nützlich sind; d.h. eingeübte Fähigkeiten (fachliche Kompetenzen, Disziplin, Einsatz) sollen nach der Entlassung nutzbringend eingesetzt werden können.

Auf der Homepage der Justizvollzugsanstalt Lenzburg wird die Arbeit nicht nur als Beitrag an die Kosten des Freiheitsentzugs beschrieben, sondern u.a. auch als "Methode, haftbedingten Persönlich-

keitsveränderungen entgegenzuwirken" (http://www.jvalenzburg.ch/sites/betriebe_arbeit.html). Denn je länger Menschen unter den eingeschränkten Lebensbedingungen der Haft verbringen, je weniger sie Kontakt zur Außenwelt haben und je geringer die Möglichkeiten sind, zu lernen oder auch im Sinn der Außenwelt sinnvollen Beschäftigungen nachzugehen, um so größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie nach der Haft mit dem Leben in Freiheit überfordert sind. Mit dem Verlust der Freiheit ist auch ein Verlust der persönlichen, frei bestimmbaren Zeit und der Zeitwahrnehmung verbunden. Im Strafvollzug wird die Zeit gänzlich von der Institution strukturiert. Der Verlust der eigenen, persönlichen Zeit führt oft dazu, dass die Menschen verlernen, zu planen und zielgerichtet zu handeln (vgl. dazu den Aufsatz "Was bringen lange Freiheitsstrafen?" von Walter Hammerschick, Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien [http://www.paulus-akademie.ch/berichte/was_bringen_lange_freihheitsstrafen-hammerschick.pdf]). Diesen sogenannten "Haftschäden" gilt es entgegenzuwirken, wobei die regelmässige Arbeitsbeschäftigung im Strafvollzug einen wichtigen Teil dazu beitragen kann.

1.4.3.

Wir bereits erwähnt (vgl. Erw. 1.1 hiervor), wird gemäss § 58a Abs. 2 SMV die Verwahrung gemäss den Bestimmungen über den Normalvollzug vollzogen. Das Vollzugsziel der Resozialisierung muss deshalb auch für Verwahrte Geltung haben; dies nicht zuletzt deshalb, weil gemäss Art. 64a StGB der Täter aus der Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1 StGB bedingt entlassen wird, sobald zu erwarten ist, dass er sich in der Freiheit bewährt. Gemäss Art. 64b StGB prüft die zuständige Behörde auf Gesuch hin oder von Amtes wegen mindestens einmal jährlich, und erstmals nach Ablauf von zwei Jahren, ob und wann der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen werden kann (lit. a) und mindestens alle zwei Jahre, und erstmals vor Antritt der Verwahrung, ob die Voraussetzungen für eine stationäre therapeutische Behandlung gegeben sind und beim zuständigen Gericht entsprechend Antrag gestellt werden soll (lit. b). Entsprechend finden sich Bestimmungen über die Aufhebung bzw. Entlassung aus der Verwahrung in § 58b SMV. Von dem her besteht theoretisch die Möglichkeit, dass der Beschwerdeführer eines Tages

wieder in Freiheit leben wird, weshalb es unabdingbar ist, dass während des Strafvollzuges u.a. durch Arbeit sein soziales Verhalten und die Fähigkeit, straffrei zu leben, gefördert werden.

Entsprechend wurde beim Beschwerdeführer im Rahmen der Vollzugsplanung als allgemeine Zielsetzung u.a. auch die "berufliche und soziale Wiedereingliederung soweit möglich" genannt.

1.4.4.

Gemäss Art. 81 Abs. 1 Satz 2 StGB hat die Arbeit so weit als möglich den Fähigkeiten, der Ausbildung und den Neigungen des Gefangenen zu entsprechen. § 62 Abs. 3 SMV spricht davon, dass bei kranken, gebrechlichen und betagten Personen sowie bei Schwangeren und Müttern mit Kleinkindern zugunsten der Gefangenen von den Regeln des Vollzuges von Strafen und Massnahmen abgewichen werden könne. Grundsätzlich ist also jeder arbeitsfähige Strafgefangene und Verwahrte verpflichtet, Arbeit zu leisten - dies unabhängig vom Alter.

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers einen Arbeitseinsatz, insbesondere in einem körperlich weniger anstrengenden Bereich, weiterhin zulasse; dies trotz der Tatsache, dass er das AHV-Pensionsalter bereits seit mehreren Jahren überschritten habe und eine Beeinträchtigung durch eine schwere psychische Störung bestehe.

Der Beschwerdeführer wehrt sich nicht gegen diese Feststellung an sich. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers die Anwesenheit am Arbeitsplatz und eine durchschnittliche Arbeitsleistung ohne Weiteres zulässt.

Dass ein Arbeitseinsatz in der Landwirtschaft, wie ihn der Beschwerdeführer offenbar gewünscht hat, aus Sicherheitsgründen nicht möglich ist, dürfte auch dem sich in Verwahrung befindlichen Beschwerdeführer klar (gewesen) sein. Zur Arbeit außerhalb einer Anstalt dürfen nur Strafgefangene herangezogen werden, von denen ein Missbrauch der mit der Aussenarbeit verbundenen Lockerung des Vollzuges nicht zu befürchten ist. Entsprechend sieht § 3 der Verordnung über die Organisation der Strafanstalt Lenzburg vor, dass beim Vollzug u.a. stets das Sicherheitsbedürfnis der Öffentlichkeit zu be-

rücksichtigen ist. Die Justizvollzugsanstalt Lenzburg hält in ihrer Stellungnahme in diesem Zusammenhang fest, dass der Beschwerdeführer als Verwahrungsgefangener ohne ausdrückliche Zustimmung der Fachkommission und der Vollzugsbehörde nicht ausserhalb der Anstaltsmauern beschäftigt werden dürfe.

Auf der Homepage der Justizvollzugsanstalt Lenzburg sind die zahlreichen Betriebe aufgelistet, welche Beschäftigungsmöglichkeiten anbieten. Es sind dies (neben der Landwirtschaft): Atelier, Buchbinderei, Druckerei/Ausrüsterei, Korberei/Stuhlflechtereie, Malerei/Ablaugerei, Industriemontage, Schlosserei/Metallgewerbe, Schreinerei, Wäscherei, Glätterei/Näherei, Küche/Bäckerei, Hausdienst und Unterhalt (http://www.jvalenzburg.ch/sites/betriebe_arbeit.html). Ohne Zweifel gibt es in einem dieser Betriebe in einem körperlich weniger anstrengenden Bereich eine für den Beschwerdeführer geeignete, seinem körperlichen und geistigen Zustand entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit, bei welcher auch dem Sicherheitsbedürfnis der Öffentlichkeit genüge getan werden kann.

1.4.5.

Im Übrigen ist die Aussage des Beschwerdeführers, gemäss geltender AHV-Gesetzgebung bestehe nach Vollendung des 65. Lebensjahres keine Arbeitspflicht mehr, in dieser Form nicht zutreffend. Art. 21 AHVG besagt lediglich, dass Männer, welche das 65. Altersjahr vollendet haben, Anspruch auf eine Altersrente haben. Entsprechend formuliert Art. 3 AHVG, dass die Versicherten beitragspflichtig sind, solange sie eine Erwerbstätigkeit ausüben. Ein grundsätzlicher Anspruch auf Rentenleistungen, seien es Leistungen der AHV, der IV oder anderer Leistungserbringern, vermag daher für sich allein keine Entbindung von der Arbeitspflicht begründen, soweit der Inssasse gesundheitlich zur Arbeit fähig ist.

1.5.

Zusammenfassend kommt das Verwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, dass für den verwahrten Beschwerdeführer auch nach Erreichen des Pensionsalters eine Arbeitspflicht besteht.

2.

2.1.

Die Vorinstanz stützt die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Beteiligung an den Vollzugskosten auf Art. 380 Abs. 2 lit. b StGB sowie auf § 242 StPO.

2.2.

Ob und inwieweit der Verurteilte die Vollzugskosten zu tragen hat, richtet sich nach Art. 380 StGB: Die Kantone tragen die Kosten des Straf- und Massnahmenvollzugs, wobei der Verurteilte nur unter eingeschränkten Voraussetzungen und in angemessener Weise an den Kosten beteiligt wird (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juni 2007 [6S.530/2006], Erw. 6.4).

Wörtlich lautet Art. 380 StGB folgendermassen:

" 1 Die Kosten des Straf- und Massnahmenvollzugs tragen die Kantone.

2 Der Verurteilte wird in angemessener Weise an den Kosten des Vollzugs beteiligt:

a. durch deren Verrechnung mit seiner Arbeitsleistung im Straf- oder Massnahmenvollzug;

b. nach Massgabe seines Einkommens und Vermögens, wenn er eine ihm zugewiesene Arbeit verweigert, obwohl sie den Vorgaben der Artikel 81 oder 90 Absatz 3 genügt; oder

c. durch Abzug eines Teils des Einkommens, das er auf Grund einer Tätigkeit im Rahmen der Halbgefängenschaft, des Arbeitsexternats oder des Wohn- und Arbeitsexternats erzielt.

3 Die Kantone erlassen nähere Vorschriften über die Kostenbeteiligung der Verurteilten."

Die entsprechende Regelung findet sich im kantonalen Recht in der Strafprozessordnung. § 242 StPO, der gemäss § 244 StPO sinn- gemäss auch für die Kosten der Verwahrung gemäss Art. 64 StGB gilt, lautet:

" 1 Die Kosten des Vollzuges der Freiheitsstrafen, unter Einschluss der Kosten der auf die Strafe angerechneten Untersuchungshaft, trägt der Staat. (...)

2 Das zuständige Departement verpflichtet den Verurteilten nach Massgabe seiner Vermögens- und Einkommensverhältnisse ganz oder teilweise zum Ersatz, wenn er eine ihm zugewiesene Arbeit verweigert oder ausserhalb der Vollzugseinrichtung arbeitet."

In diesem Sinne konkretisiert § 98 SMV unter dem Titel "Kostenverlegungsverfahren", dass die Kosten des Strafvollzugs und der Verwahrung gemäss Art. 64 StGB vorbehaltlich der Fälle gemäss § 100 SMV im Grundsatz der Kanton trägt, wobei nach § 100 SMV ("Normalvollzug und Verwahrung") die Vollzugsbehörde die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Verurteilten prüft, wenn eine Kostenbeteiligung gemäss Art. 380 Abs. 2 lit. b oder c StGB in Betracht kommt.

Die Rechtslage ist mit Blick auf das Gesetz klar: Der Verurteilte wird in angemessener Weise an den Kosten des Vollzugs beteiligt, wenn er grundlos eine ihm zugewiesene Arbeit verweigert. Dies scheint konsequent. Die Bestimmung des Art. 380 StGB hat eher disziplinarischen Charakter, will aber auch eine Benachteiligung der mitarbeitenden Gefangenen vermeiden, die mit ihrer Arbeitsleistung an die Vollzugskosten beitragen (Thomas Maurer, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht II, 2., überarbeitete Auflage, Basel 2007, Art. 380 Rz. 7).

2.3.

2.3.1.

Im Zusammenhang mit der Höhe der Kostenbeteiligung hat die Vorinstanz festgehalten, eine solche solle einerseits der finanziellen Leistungsfähigkeit und andererseits den persönlichkeitspezifischen Möglichkeiten eines Gefangenen entsprechen. Die Kostenbeteiligung dürfe nicht höher ausfallen als die Arbeitsleistungen, die der Insasse zugunsten der Vollzugseinrichtung erbringen könnte. Für die Berechnung der Kostenbeteiligung hat die Vorinstanz den durchschnittlichen Nettoertrag für die internen Gewerbebetriebe der Justizvollzugsanstalt Lenzburg herangezogen und anhand der zur Verfügung stehenden Zahlen für das Rechnungsjahr 2007 erkannt, dass ein Insasse durchschnittlich ca. Fr. 52.-- pro geleisteten Arbeitstag erwirtschaftet, wobei den Insassen gemäss Richtlinien für das Arbeitsentgelt (Pekulium) des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz vom 5. Mai 2006 durchschnittlich Fr. 26.-- pro Arbeitstag als Arbeitsentgelt ausbezahlt werden (a.a.O., Fussnote, S. 2). Die Kostenbeteiligung durch Arbeitsleistung im Sinne von Art. 380 StGB liege durchschnittlich bei Fr. 26.-- pro Arbeitstag. Da der Be-

schwerdeführer jedoch das AHV-Pensionsalter bereits seit mehreren Jahren überschritten habe und nachweislich eine Beeinträchtigung durch eine schwere psychische Störung bestehe, sei eine wesentliche Reduktion auf die Hälfte des ursprünglichen Betrages, d.h. auf Fr. 13.-- pro Arbeitstag, den Umständen entsprechend angemessen.

2.3.2.

Eine Kostenbeteiligung im Umfang von Fr. 13.-- pro nicht geleisteten Arbeitstag erscheint dem Verwaltungsgericht sachlich gerechtfertigt, zumal die Berechnung der Kostenbeteiligung durch die Vorinstanz vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten wird.

3.

Zusammenfassend kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer trotz Erreichens des ordentlichen Pensionsalters arbeitspflichtig und eine Kostenbeteiligung im Umfang von Fr. 13.-- pro nicht geleisteten Arbeitstag rechtmässig ist. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

25 Bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug

- **Die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug darf nicht verweigert werden, wenn die bundesrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Daran ändert auch eine interne Weisung (Sofortmassnahmen) nichts, welche besagt, es brauche stets ein Gutachten, und wenn dieses (noch) nicht vorliege, erfolge keine bedingte Entlassung.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 28. Oktober 2009 in Sachen I.A. gegen den Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2009.334).

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Nach Art. 86 Abs. 1 StGB ist der Gefangene nach Verbüsung von zwei Dritteln, mindestens aber drei Monaten seiner Strafe be-

dingt zu entlassen, wenn es sein Verhalten im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, er werde in Freiheit weitere Verbrechen oder Vergehen begehen. Die zuständige Behörde hat von Amtes wegen zu prüfen, ob der Gefangene bedingt entlassen werden kann; dabei hat sie diesen anzuhören und einen Bericht der Anstaltsleitung einzuholen (Art. 86 Abs. 2 StGB). Die Bestimmung über die reguläre bedingte Entlassung wurde im Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am 1. Januar 2007 ("Hat der zu Zuchthaus oder Gefängnis Verurteilte zwei Drittel der Strafe, bei Gefängnis mindestens drei Monate, verbüsst, so kann ihn die zuständige Behörde bedingt entlassen, wenn sein Verhalten während des Strafvollzuges nicht dagegen spricht und anzunehmen ist, er werde sich in der Freiheit bewähren." [Art. 38 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB]) in Bezug auf die Legalprognose neu gefasst, indem nicht wie bisher positiv verlangt wird, es müsse erwartet werden können, der Täter werde sich in Freiheit bewähren, sondern negativ, dass zu erwarten ist, er werde in Freiheit keine Verbrechen oder Vergehen mehr begehen. Jedenfalls tendenziell wurden mit dieser neuen Formulierung die Anforderungen an die Legalprognose gesenkt; stärker noch als bisher wird man daher davon auszugehen haben, dass die bedingte Entlassung die Regel und deren Verweigerung die Ausnahme darstellt. Abgesehen davon entspricht die neurechtliche Regelung im Wesentlichen der altrechtlichen von Art. 38 Ziff. 1 aStGB, weshalb die diesbezügliche Rechtsprechung massgebend bleibt (BGE 133 IV 201 Erw. 2.2).

1.2.

Die bedingte Entlassung stellt somit nach wie vor die vierte und letzte Stufe des Strafvollzuges dar und bildet die Regel, von der nur aus guten Gründen abgewichen werden darf. In dieser Stufe soll der Entlassene den Umgang mit der Freiheit erlernen, was nur in Freiheit möglich ist. Diesem rein spezialpräventiven Zweck stehen die Schutzbedürfnisse der Allgemeinheit gegenüber, welchen umso höheres Gewicht beizumessen ist, je hochwertiger die gefährdeten Rechtsgüter sind. Die Prognose über das künftige Wohlverhalten ist in einer Gesamtwürdigung zu erstellen, welche nebst dem Vorleben, der Persönlichkeit und dem Verhalten des Täters während des Straf-

vollzugs vor allem dessen neuere Einstellung zu seinen Taten, seine allfällige Besserung und die nach der Entlassung zu erwartenden Lebensverhältnisse berücksichtigt. Der Verzicht auf eine Gesamtwürdigung aller für die Prognose relevanten Umstände und das alleinige Abstellen auf die Vorstrafen stellt eine Ermessensüberschreitung dar (BGE 133 IV 201 Erw. 2.3 mit Verweisen).

1.3.

Das Bundesgericht hat in BGE 124 IV 193 festgehalten, dass an sich für die Prognose nicht entscheidend sei, welche Art von Delikt zur Freiheitsstrafe geführt habe. Die Entlassung dürfe nicht für gewisse Tat kategorien erschwert werden. Dagegen seien die Umstände der Straftat insoweit beachtlich, als sie Rückschlüsse auf die Täterpersönlichkeit und damit auf das künftige Verhalten erlaubten. Ob die mit einer bedingten Entlassung in gewissem Masse stets verbundene Gefahr neuer Delikte zu verantworten sei, hänge im Übrigen nicht nur davon ab, wie wahrscheinlich ein neuer Fehltritt sei, sondern auch von der Bedeutung des eventuell bedrohten Rechtsgutes. Habe z.B. ein Strafgefangener früher nur unbedeutende Eigentumsdelikte begangen, so dürfe ein höheres Risiko übernommen werden als bei einem Gewaltverbrecher, der sich in schwerer Weise gegen hochwertige Rechtsgüter (Leib, Leben usw.) vergangen hat (a.a.O., Erw. 3 mit Verweisen).

1.4.

Bei Würdigung der Bewährungsaussichten ist freilich allgemein ein vernünftiges Mittelmass zu halten in dem Sinne, dass nicht jede noch so entfernte Gefahr neuer Straftaten eine Verweigerung der bedingten Entlassung zu begründen vermag, ansonst dieses Institut seines Sinnes beraubt würde. Andererseits darf aber auch nicht aufgrund einzelner günstiger Faktoren die bedingte Entlassung bewilligt werden, obwohl gewichtigere Anhaltspunkte für die Gefahr neuer Rechtsbrüche sprechen (BGE 124 IV 193 Erw. 3 mit Verweisen).

2.

2.1.

Die Vorinstanz verweist im angefochtenen Entscheid auf die diversen Vorstrafen des Beschwerdeführers und führt in diesem Zusammenhang aus, die gegen ihn ausgesprochene bedingte Zuchthaus-

strafe im Jahr 2005 habe ihn in keiner Weise von der Begehung neuer Straftaten abzuhalten vermocht. Wenige Monate nach der Verurteilung habe er erneut zu delinquieren begonnen. Die begangenen Straftaten liessen einerseits einen deutlichen Suchtmittelmissbrauch auch im Zusammenhang mit der Begehung von Straftaten und andererseits einen Hang zur Anwendung von Gewalt erkennen. Auch im Strafvollzug sei es dem Beschwerdeführer nicht gelungen, gänzlich auf den Konsum von Alkohol zu verzichten. Aufgrund der beschriebenen Persönlichkeitsmerkmale bestünden einige Unsicherheiten über den künftigen Bewährungserfolg. Diese würden durch die Ausweisung aus der Schweiz, die im Beschwerdeverfahren auch in zweiter Instanz bestätigt worden sei, noch verstärkt. Die soziale Unsicherheit und die ungeklärte Situation über die künftige Integration würden die Beurteilung des künftigen Verhaltens des Beschwerdeführers zusätzlich erschweren. Unter den gegebenen Umständen könne nicht ohne Weiteres von einer künftigen Bewährung des Beschwerdeführers ausgegangen werden. In diesem Zusammenhang verweist die Vorinstanz auf die nach dem Fall "Lucie" im Frühling 2009 erfolgte Verschärfung im Verfahren betreffend bedingte Entlassung, und führt in diesem Zusammenhang aus, die Gewährung von Vollzugsöffnungen bei Straftätern, welche Gewaltdelikte begangen hätten, unterliege besonderen Rahmenbedingungen, sogenannten Sofortmassnahmen. Für die Beurteilung des künftigen Bewährungserfolges müssten Straftäter, die ein Gewaltdelikt begangen haben, forensisch-psychiatrisch begutachtet und die Akten der Fachkommission zur Überprüfung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern vorgelegt werden. Eine Abweichung davon sei bei Verurteilten möglich, die nicht als gemeingefährlich eingestuft werden und die unmittelbar nach der Strafverbüsung die Schweiz verlassen müssen. Der Beschwerdeführer wolle die Schweiz nicht verlassen und im fremdenpolizeilichen Verfahren um sein Aufenthaltsrecht kämpfen. Unter den gegebenen Umständen seien weitere Abklärungen erforderlich, um den künftigen Bewährungserfolg in der Schweiz beurteilen zu können.

2.2.

Der Beschwerdeführer macht geltend, es könne von einer bedingten Entlassung nur abgesehen werden, wenn gute Gründe gegen eine solche sprächen, wobei diese Gründe von der Behörde zu benennen seien. Unterlasse es die Behörde, die notwendigen Abklärungen bezüglich der Rückfallgefahr vorzunehmen, so könne nicht erst nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe mit den Abklärungen begonnen werden. Sei nach der Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe keine Prognosestellung möglich, sei der Gefangene zu entlassen. Nachdem vorliegend bis zum heutigen Tag kein Gutachtensauftrag erteilt worden sei, verhinderten die Behörden die Anwendung von Art. 86 StGB. Liege kein Gutachten vor, sei die Rückfallgefahr aufgrund der anderen Anhaltspunkte abzuklären. Der Beschwerdeführer habe sich vor dem Strafantritt während rund 15 Monaten in Freiheit bewährt und die Bewährungsprognose sei gut. So habe er sich während des Aufenthaltes in der Justizvollzugsanstalt eine Arbeitsstelle organisiert; nach der Entlassung werde er bei seinen Eltern wohnen. Was die migrationsrechtliche Situation anbelange, so sei einerseits davon auszugehen, dass die Verfügung des Migrationsamtes bezüglich Widerruf der Niederlassungsbewilligung vor der gerichtlichen Instanz nicht geschützt werde. Ausserdem habe die Situation bezüglich Niederlassungsbewilligung sicherlich keinen negativen Einfluss auf die Bewährungsaussichten; im Gegenteil trage die Situation dazu bei, dass sich der Beschwerdeführer auch nach der bedingten Entlassung wohl verhalten werde, um die Niederlassungsbewilligung nicht aufs Spiel zu setzen. Zudem habe sich der Beschwerdeführer im Strafvollzug wohl verhalten, wobei von Seiten der Vollzugsanstalt die bedingte Entlassung befürwortet werde.

3.

3.1.

3.1.1.

Es gilt im Folgenden zu prüfen, ob die bundesrechtlichen Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung erfüllt sind. Wie bereits in Erw. 1.2 hiervoor ausgeführt, ist die Prognose über das künftige Wohlverhalten in einer Gesamtwürdigung zu erstellen, welche nebst dem Vorleben, der Persönlichkeit und dem Verhalten des Täters wäh-

rend des Strafvollzugs vor allem dessen neuere Einstellung zu seinen Taten, seine allfällige Besserung und die nach der Entlassung zu erwartenden Lebensverhältnisse berücksichtigt.

3.1.2.

Die formellen Voraussetzungen der Gewährung der bedingten Entlassung (Verbüßung von zwei Dritteln) sind in casu unbestritten erfüllt.

3.1.3.

Ebenfalls unbestritten ist, dass sich der Beschwerdeführer seit seiner Verurteilung am 18. Juli 2007 bis zum Strafantritt am 9. Dezember 2008 nichts mehr hat zuschulden kommen lassen. Die Rehaklinik B. hatte in ihrem Bericht vom 25. August 2008 im Zusammenhang mit den Kopf- und Nackenverletzungen über den zwischenzeitlichen Verlauf der weiteren Behandlung des Beschwerdeführers geschildert, dessen Verhalten während der stationären Behandlung gebe zu keinerlei Klagen Anlass; es kontrastiere erheblich zu früheren Verhaltensweisen, bei denen der Beschwerdeführer sich u.a. auch die strafrechtlichen Konflikte zugezogen habe. Seit über einem Jahr konsumiere er keine illegalen Drogen mehr; die Gefährdung durch Alkohol habe er wahrgenommen und er bemühe sich aktiv um Vermeidung dieses Konsums. Sein eigenes Bemühen um Fortschritte sowie Übernahme von Verantwortung fielen positiv auf und verbesserten die gesamten prognostischen Erwartungen. Zu kämpfen habe der Beschwerdeführer mit der eigenen ungestümen Wesensart, wobei gute Fortschritte zu verzeichnen seien.

3.1.4.

Was das Verhalten des Beschwerdeführers im Strafvollzug angeht, so verfasste die Strafanstalt W. am 23. Juli 2009 einen Vollzugsbericht mit dem Antrag, den Beschwerdeführer auf den 16. September 2009 bedingt zu entlassen, sofern bis zu diesem Zeitpunkt der Entscheid über den Landesverweis nicht definitiv sei. So hielt die Strafanstalt im erwähnten Bericht fest, der Beschwerdeführer werde als freundlicher und offener Gefangener erlebt; er füge sich problemlos in den Gefängnisalltag ein. Bei Vollzugsfragen arbeite er interessiert und aktiv mit. Eigene Anliegen könne er persönlich angehen. Wenn er Hilfe brauche, wende er sich an die entsprechenden

Stellen. Er zeige eine beachtliche Bereitschaft, sein Denken und Handeln zu reflektieren und die daraus gewonnenen Konsequenzen adäquat umzusetzen. Im Umgang mit den Mitgefangenen habe er keine Probleme. Er pflege wenige Kontakte mit Mitgefangenen. Er sei viel auf seinem Zimmer und bete fünf Mal täglich. Dem Personal gegenüber verhalte er sich freundlich und korrekt. Die Zimmerordnung sei gut und die Körperhygiene sei ihm wichtig. Aufgrund seines schweren Unfalls mit Genickbruch verspüre er immer wieder Hals- und Kopfschmerzen. Trotzdem könne er fast lückenlos zur täglichen Arbeit ausrücken. Der Beschwerdeführer habe ein Mal wegen unerlaubten Besitzes eines Handys sanktioniert werden müssen, wobei eine weitere Sanktionierung wegen unerlaubtem Alkoholkonsum in einem "Kulturausgang" zurzeit hängig sei. Der Beschwerdeführer verbringe seine Freizeit grösstenteils auf dem Zimmer und lese ab und zu ein Buch. Er beteilige sich aber auch an Aussenaktivitäten (Schwimmen) und nehme am Kulturausgang (Kino) teil. Regelmässig sei er auch im Krafraum beim Fitnessstraining anzutreffen. Der Beschwerdeführer pflege seine sozialen Kontakte vorwiegend im Kreis seiner Familie. Seine Eltern, Geschwister und seine Schwägerin besuchten ihn regelmässig am Besuchssonntag. Die bisher gewährten fünf Beziehungsurlaube habe der Beschwerdeführer bei seiner Familie (...) verbracht; er sei immer pünktlich und in gutem Zustand in die Anstalt zurückgekehrt. Das deliktische Verhalten sei primär durch den zuständigen Sachbearbeiter wiederholt thematisiert worden. Der Beschwerdeführer meine verstanden zu haben, dass er viele "Dummheiten" gemacht habe; er glaube diesbezüglich, er habe seine Lektion gelernt und habe das "alte Leben" abgelegt. Er wolle seinen Eltern und seiner Ehefrau zeigen, dass er sich verändert habe. Die Anbindung an den Glauben der Moslems sei ihm dabei eine Stütze.

3.1.5.

Mit Schreiben vom 30. Juli 2009 teilte der Beschwerdeführer gegenüber dem DVI seine Bereitschaft mit, ein forensisches Gutachten erstellen zu lassen.

3.1.6.

Nach dem Vollzug wird der Beschwerdeführer wieder bei seinen Eltern wohnen (Bericht der Strafanstalt W. vom 23. Juli 2009). Ausserdem hat er während des Vollzugs eine Arbeitsstelle organisiert, welche er antreten kann, sobald der Strafvollzug beendet ist. Der entsprechende Arbeitsvertrag ist bereits von beiden Parteien - Arbeitgeber und zukünftiger Arbeitnehmer - unterzeichnet.

3.2.

In Gesamtwürdigung dieser Umstände (vor Strafvollzug 15 Monate straffrei; tadelloser Führungsbericht der Strafanstalt; Einsicht, "Dummheiten" gemacht zu haben und Wille, seinen Angehörigen zu zeigen, dass er sich verändert hat; Unterkunft und Arbeitsstelle für die Zeit nach dem Vollzug sind geregelt; Bereitschaft, ein psychiatrisches Gutachten erstellen zu lassen) kann und muss eine gute Prognose abgegeben werden. Mag sein, dass die gegen ihn ausgesprochene bedingt zu vollziehende Zuchthausstrafe im Jahr 2005 damals noch nicht die gewollte Wirkung erzielt hatte, doch kann mit Bezug auf die Berichte der Rehaklinik B. und der Strafanstalt W. festgestellt werden, dass sich die Verhaltensweise und die Einstellung des Beschwerdeführers zwischenzeitlich offensichtlich positiv verändert haben müssen. So wird in den Berichten geschildert, das eigene Bemühen des Beschwerdeführers um Fortschritte sowie Übernahme von Verantwortung fielen positiv auf und verbesserten die gesamten prognostischen Erwartungen; das Verhalten kontrastiere erheblich zu früheren Verhaltensweisen; er zeige eine beachtliche Bereitschaft, sein Denken und Handeln zu reflektieren und die daraus gewonnenen Konsequenzen adäquat umzusetzen; er meine verstanden zu haben, dass er viele "Dummheiten" gemacht habe. Auch die migrationsrechtliche - aktuell unsichere - Situation dürfte eher dazu beitragen, dass der Beschwerdeführer sich auch nach der bedingten Entlassung wohl verhalten wird. Dahingehend kann den Ausführungen des Beschwerdeführers vollumfänglich zugestimmt werden. Es sind keinerlei gewichtigere Anhaltspunkte für die Gefahr neuer Rechtsbrüche ersichtlich; es ist nicht anzunehmen, der Beschwerdeführer werde in Freiheit weitere Verbrechen oder Vergehen begehen. Dass es dafür niemals eine Garantie gibt - bei niemandem, ist leider

eine hinzunehmende Tatsache. Wie bereits vorne in Erw. 1.4 festgehalten, vermag nicht jede noch so entfernte Gefahr neuer Straftaten eine Verweigerung der bedingten Entlassung zu begründen, ansonsten dieses Institut seines Sinnes beraubt würde. Die "Unsicherheiten über den künftigen Bewährungserfolg", welche die Vorinstanz aufgrund der Persönlichkeitsmerkmale des Beschwerdeführers sieht, reichen nicht aus, um eine negative Prognose zu stellen. Es liegen keine "guten Gründe" (vgl. BGE 133 IV 201 Erw. 2.3) vor, dass von der Regel, den Gefangenen nach zwei Dritteln bedingt zu entlassen, abgewichen werden kann.

4.

4.1.

4.1.1.

Die Vorinstanz stellt in der angefochtenen Verfügung fest, dass aufgrund von sog. Sofortmassnahmen für die Beurteilung des künftigen Bewährungserfolges Straftäter, welche ein Gewaltdelikt begangen haben, forensisch-psychiatrisch begutachtet und die Akten der Fachkommission zur Überprüfung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern vorgelegt werden müssen. Eine Abweichung davon sei bei Verurteilten möglich, die nicht als gemeingefährlich eingestuft würden und die unmittelbar nach der Strafverbüsung die Schweiz verlassen müssten. Nachdem der Beschwerdeführer die Schweiz nicht verlassen und im fremdenpolizeilichen Verfahren um sein Aufenthaltsrecht kämpfen wolle, seien weitere Abklärungen erforderlich, um den künftigen Bewährungserfolg in der Schweiz beurteilen zu können.

In einem Schreiben vom 24. September 2009 zu Händen des Beschwerdeführers führt die Vorinstanz aus, für Straftäter, welche ein schweres Gewalt- oder Sexualdelikt begangen haben, seien am 1. April 2009 Sofortmassnahmen verfügt worden; im Falle des Beschwerdeführers seien der ihm zur Last gelegte Straftatbestand der Erpressung und des Angriffs ursächlich. Gemäss diesen Sofortmassnahmen müsse die Vollzugsbehörde vor jeder Vollzugsöffnung eine psychiatrische Begutachtung mit Risikobeurteilung in Auftrag geben und die Akten nach dem Vorliegen des Gutachtens der Fachkommis-

- Körperverletzung Art. 122 StGB
- Gefährdung des Lebens Art. 129 StGB
- Angriff Art. 134 StGB
- Raub Art. 140 Ziff. 2, 3
und 4 StGB
- Erpressung Art. 156 StGB
- Freiheitsberaubung / Entführung Art. 183 / 184 StGB
- Geiselnahme Art. 185 StGB
- Sexuelle Handlungen mit Kindern Art. 187 StGB
- Sexuelle Nötigung Art. 189 StGB
- Vergewaltigung Art. 190 StGB
- Schändung Art. 191 StGB
- Förderung der Prostitution Art. 195 StGB
- Menschenhandel Art. 196 StGB
- Brandstiftung Art. 221 StGB
- Verursachen einer Explosion Art. 223 StGB
- Gefährdung durch Sprengstoffe und
Gase in verbrecherischer Absicht Art. 224 StGB
- Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen
von Sprengstoffen und giftigen Gasen Art. 226 StGB
- Kriminelle Organisation Art. 260ter StGB
- Gefährdung der öffentlichen
Sicherheit mit Waffen Art. 260quater StGB
- Völkermord Art. 264 StGB
- Meuterei von Gefangenen Art. 311 StGB

Ziffer 2 besagter Verfügung lautet folgendermassen:

" 2.1

Die Vollzugsbehörde ordnet vor jeder bedingten Entlassung aus Strafen oder Massnahmen bei Personen, die nach Erwachsenenstrafrecht verurteilt wurden, eine psychiatrische Begutachtung mit Risikobeurteilung an.

2.2

Die Vollzugsbehörde gibt die Gutachten rechtzeitig in Auftrag und sorgt dafür, dass die Gutachten termingerecht erstellt werden.

Mit den Gutachten können anerkannte Forensiker in der ganzen Schweiz beauftragt werden. (...)

2.3

Kann die Begutachtung nicht rechtzeitig auf den Zeitpunkt der bedingten Entlassung erfolgen, ist die bedingte Entlassung mangels Vorliegens der Beurteilungsgrundlagen für die Prognose über die Bewährung vorerst mit beschwerdefähiger Verfügung zu verweigern.

2.4

Bei Ausländern und Ausländerinnen, die aufgrund einer rechtskräftig verfügten fremdenpolizeilichen Wegweisung die Schweiz im Zeitpunkt der bedingten Entlassung verlassen müssen, kann ihm Rahmen der bisherigen Praxis auf das Einholen eines Gutachtens und die Beurteilung durch die Fachkommission verzichtet werden, sofern keine Anhaltspunkte für Gemeingefährlichkeit bestehen und die direkte Ausschaffung ab der Vollzugsinstitution sichergestellt ist.

Bei Ausländern und Ausländerinnen, bei denen Anhaltspunkte für Gemeingefährlichkeit bestehen, ist vor der bedingten Entlassung ein Gutachten einzuholen, und der Fall der Fachkommission zur Beurteilung vorzulegen. Die zuständigen Behörden des Staats, in welchen die Ausschaffung erfolgt, sind auf dem Kanal, der durch die Abteilung Strafrecht gemäss separatem Auftrag mit dem Bund abzuklären ist, über die wesentlichen Ergebnisse des Gutachtens und die Empfehlung der Fachkommission zu informieren."

Gemäss Ziffer 3.1 der Soma-Verfügung unterbreitet die Vollzugsbehörde Anträge auf Vollzugserleichterungen (u.a. bedingte Entlassung) zusammen mit dem eingeholten Gutachten der Fachkommission zur Beurteilung.

4.3.

4.3.1.

Die hierarchisch übergeordnete Behörde hat gegenüber den ihr unterstellten Dienststellen die Befugnis zum Erlass von verbindlichen Anordnungen für den Einzelfall und von allgemeinen Weisungen, d.h. von Verwaltungsverordnungen. Dies sind generelle Dienstanweisungen, deren Hauptfunktion darin besteht, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Sie kann auch organisatorische Anordnungen enthalten. Verwaltungsverordnungen sind nach herrschender Ansicht keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, da sie keine Rechtsnormen enthalten, insbesondere keine Rechte und Pflichten der Privaten sta-

tuieren. Dies hat u.a. zur Konsequenz, dass Verwaltungsgerichte in der Regel nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden sind. Beispielsweise im Falle der Anfechtung einer Steuerveranlagung prüft das Verwaltungsgericht nur, ob die Veranlagung mit dem Steuergesetz und der Vollziehungsverordnung übereinstimmt, aber nicht, ob sie der Verwaltungsverordnung entspricht. Das Gericht berücksichtigt sie bei seiner Entscheidung allerdings, soweit sie eine dem Einzelfall gerecht werdende Auslegung der massgebenden Bestimmung zulässt, weil es nicht ohne Not von einer einheitlichen Praxis der Verwaltungsbehörden abweichen will. Trotz ihrer Verbindlichkeit für Behörden werden sie in der Regel nicht in den offiziellen Gesetzes-sammlungen publiziert (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2006, Rz. 1232 und Rz. 123 ff.).

4.3.2.

Die Vorinstanz stützte die Verweigerung der bedingten Entlassung auf Ziffer 2.3 der Soma-Verfügung, wonach die bedingte Entlassung mangels Vorliegens der Beurteilungsgrundlagen für die Prognose über die Bewährung vorerst mit beschwerdefähiger Verfügung zu verweigern ist, wenn die Begutachtung nicht rechtzeitig auf den Zeitpunkt der bedingten Entlassung erfolgen kann.

Anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs am 16. September 2009 hatte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mitgeteilt, das Gutachten sei aufgrund der migrationsrechtlichen Situation (Wegweisung bereits vor 2. Instanz bestätigt) und aufgrund der Erstellungsdauer (z.Zt. ca. 6 - 10 Monate) nicht in Auftrag gegeben worden.

In Ziffer 2.2 der Soma-Verfügung wird festgehalten, dass die Vollzugsbehörde die Gutachten rechtzeitig in Auftrag zu geben und dafür zu sorgen hat, dass die Gutachten termingerecht erstellt werden. Termingerecht kann in diesem Zusammenhang nur bedeuten, dass das Gutachten im Zeitpunkt der potentiellen bedingten Entlassung vorliegen und die Fachkommission die Gemeingefährlichkeit bereits beurteilt haben muss. Die Vorinstanz hat in ihrer Beschwerdeantwort vom 8. Oktober 2009 in Bezug auf das Gutachten ausgeführt, die Gutachter-Fragen seien dem Beschwerdeführer am

25. September 2009 eröffnet worden mit der Möglichkeit zur Stellungnahme/Ergänzung bis zum 23. Oktober 2009. Nach Eingang der Stellungnahme bzw. nach Ablauf dieser Frist werde der Gutachterauftrag an das Departement Forensik der Psychiatrischen Klinik Königsfelden erteilt.

Offensichtlich wurde im vorliegenden Fall das Gutachten somit nicht termingerecht in Auftrag gegeben, nachdem bereits am 16. September 2009 die Mindestdauer für eine bedingte Entlassung erstanden war.

4.3.3.

Es dürfte ausser Frage stehen, dass eine interne Weisung, wie dies die Soma-Verfügung darstellt, das Bundesrecht auf keinen Fall vereiteln darf. Genau dies ist jedoch im vorliegenden Fall geschehen, nachdem der Beschwerdeführer die bundesrechtlichen Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung erfüllt (vgl. vorne Erw. 3), diese jedoch gestützt auf Ziffer 2.3 der Soma-Verfügung ("Kann die Begutachtung nicht rechtzeitig auf den Zeitpunkt der bedingten Entlassung erfolgen, ist die bedingte Entlassung mangels Vorliegens der Beurteilungsgrundlagen für die Prognose über die Bewährung vorerst mit beschwerdefähiger Verfügung zu verweigern.") verweigert wird. Es trifft zwar zu, dass die migrationsrechtliche Situation unklar ist, doch ist dies kein Grund, mit der Auftragserteilung eines Gutachtens zu warten, zumal der Beschwerdeführer bereits im März 2009 Beschwerde beim Rekursgericht für Ausländerrecht eingereicht hat, und es notorisch ist, dass sich solche Verfahren in die Länge ziehen können. Dass bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils Ziffer 2.4 der Soma-Verfügung keine Anwendung finden kann, dürfte aufgrund des klaren Wortlauts wohl unbestritten sein. Auch die Tatsache, dass die Erstellungszeit für ein derartiges Gutachten gut sechs bis zehn Monate dauern kann, ist notorisch und hätte bereits frühzeitig - wohl am ehesten gerade unmittelbar nach Erlass der Soma-Verfügung - berücksichtigt werden müssen, zumal sich der Beschwerdeführer selbst mit Schreiben vom 30. Juli 2009 bereit erklärt hatte, sich einer psychiatrischen Begutachtung zu unterziehen, und in diesem Zusammenhang darum gebeten hatte, das Nötige zu veranlassen.

Ziffer 2.3 der Soma-Verfügung ist deshalb im vorliegenden Fall die Anwendung zu versagen. Es wäre bundesrechtswidrig, die bedingte Entlassung eines Gefangenen, der die bundesrechtlichen Voraussetzungen für die bedingte Entlassung erfüllt, daran scheitern zu lassen, dass ein gestützt auf eine interne Weisung gefordertes Gutachten (noch) nicht vorliegt.

Unter diesen Umständen kann auch die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage offen gelassen werden, ob die Sofortmassnahmen, welche erst nach Strafantritt des Beschwerdeführers eingeführt wurden, nachträglich auf diesen angewandt werden dürfen.

III. Kantonale Steuern

26 Abschreibungen auf dem Geschäftsvermögen gemäss § 36 Abs. 2 lit. a StG:

- Die Aufrechnung eines Privatanteils an einer Abschreibung auf einem mittels der Präponderanzmethode dem Geschäftsvermögen zugeordneten Vermögenswert erweist sich als unzulässig (Erw. 6).
- Der auf die untergeordnete private Nutzung entfallende Anteil der Entwertung ist im Rahmen des Privatanteils an den Betriebskosten zu berücksichtigen (Erw. 7).
- Zum Nachweis einer derart überwiegenden geschäftlichen Nutzung, die ein Abweichen zu Gunsten des Beschwerdeführers vom im Merkblatt N1/2001 der ESTV festgesetzten Wert für ein wenig privat benütztes Auto rechtfertigen würde, ist ein eigentliches Fahrtenbuch mit detaillierten Angaben zu verlangen (Erw. 7.2).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 21. Oktober 2009, in Sachen S. (WBE.2008.238).

Aus den Erwägungen

6.

6.1

Nachdem der Beschwerdeführer Anfang August 2002 seinen BMW 325 ersetzte und in der Buchhaltung im Jahr 2002 an dem für Fr. 63'671.-- neu gekauften Fahrzeug (BMW 330) eine Sofortabschreibung um Fr. 50'937.-- auf 20 Prozent des Kaufpreises (Buchwert: Fr. 12'734.--) vorgenommen hatte (Konto 4410 "Amortisierung"), rechnete die Steuerkommission einen Privatanteil von 30 Prozent an der Abschreibung auf. Die Vorinstanz reduzierte den Privatanteil auf 20 Prozent (Fr. 10'187.--), entsprechend dem Durchschnitt der bisherigen Privatanteile. Zur Begründung des aufgerech-

neten Privatanteils führte sie aus, im bereits verbuchten Privatanteil an den Autokosten (Privatanteil an den laufenden Kosten) sei die Amortisation nicht enthalten. Es sei jedoch auch an den Fixkosten des Fahrzeugs ein Privatanteil auszuscheiden, unabhängig davon, ob es sich um jährliche Abschreibungen, eine Sofortabschreibung oder Leasingzinsen handle.

6.2

Der Beschwerdeführer bringt dagegen zusammengefasst vor, es sei unverständlich, weshalb ihm an der Sofortabschreibung ein Privatanteil an einem Firmenfahrzeug aufgerechnet werde. Mit der Logik dieses Urteils müssten sich alle Nutzer eines Geschäfts- oder Mietwagens nicht nur die gefahrenen Privatkilometer zum vollen Preis anrechnen lassen, sondern zusätzlich noch einen Anteil der aktuellen Amortisation für den Geschäfts- oder Mietwagen entrichten. Dies sei rechtlich und wirtschaftlich wohl kaum vertretbar, da damit die Amortisation mehrfach in Rechnung gestellt würde.

6.3

Gemäss § 36 Abs. 2 lit. a StG und § 19 StGV können bei selbstständiger Erwerbstätigkeit die geschäfts- und berufsmässig begründeten Kosten, insbesondere auch die ausgewiesenen Abschreibungen auf dem Geschäftsvermögen, abgezogen werden (so auch Art. 27 Abs. 2 lit. a DBG). Abschreibungen sind nur auf Geschäftsvermögen zulässig; auf Gegenständen des Privatvermögens sind sie ausgeschlossen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juli 2009 [2C_475/2008], Erw. 2.1, zu Art. 27 ff. DBG).

Der Gesetzgeber hat in Art. 8 Abs. 2 erster Satzteil StHG eine Legaldefinition des Geschäftsvermögens eingeführt. Danach gelten als Geschäftsvermögen "alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbstständigen Erwerbstätigkeit dienen" (ebenso Art. 18 Abs. 2 Satz 3 DBG). Daraus ergibt sich, dass bei gemischt genutzten Wirtschaftsgütern nach der sogenannten "Präponderanzmethode" der Vermögensgegenstand entweder voll dem Privat- oder voll dem Geschäftsvermögen zuzurechnen ist (MARTIN ARNOLD, Geschäfts- und Privatvermögen im schweizerischen Einkommenssteuerrecht, in: ASA 75, S. 271 ff.).

Mit Inkrafttreten des StG per 1. Januar 2001 wechselte der Kanton Aargau gestützt auf Art. 8 Abs. 2 StHG von der bis dahin geltenden Wertzerlegungsmethode zur Präponderanzmethode. Als Geschäftsvermögen gelten damit seither – auch im kantonalen Recht – alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen (§ 27 Abs. 2 Satz 3 StG). Die Präponderanzmethode gilt für sämtliche (unmittelbar) gemischt genutzten Vermögenswerte. Für die Zuordnung eines Vermögenswerts zum Privat- oder Geschäftsvermögen ist in der Regel auf das (aktuelle und überwiegende) Ertrags- oder Nutzungsverhältnis abzustellen (vgl. § 7 Abs. 1 StGV; MARCO DUSS / MARCO GREYER / JULIA VON AH, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, Zürich 2004, S. 45). Mit dem Wechsel zur Präponderanzmethode geht die Zugehörigkeit zum Geschäftsvermögen aus der Bilanz bzw. aus den Aufstellungen über Aktiven und Passiven hervor. Umgekehrt sind nach § 7 Abs. 3 StGV überwiegend privat genutzte Vermögenswerte per 1. Januar 2001 auszubuchen. Dass die Verordnungsbestimmung nur Grundstücke (anstelle von Vermögenswerten) nennt, muss als gesetzgeberisches Versehen angesehen werden (so auch JÜRGEN ALTORFER, JULIA VON AH, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 3. Auflage, Muri-Bern 2009, Band 1, § 27 N 100).

6.4

Sowohl die Steuerkommission als auch das Steuerrekursgericht sind – zu Recht – von einer überwiegenden geschäftlichen Nutzung des Fahrzeugs (bzw. der Fahrzeuge) ausgegangen. Damit ist dessen Qualifikation als Geschäftsvermögen unbestritten.

Aufgrund der geltenden Präponderanzmethode und der vollumfänglichen Zuordnung zum Geschäftsvermögen kann der Auffassung der Vorinstanz, wonach auch an der Sofortabschreibung ein Privatanteil auszuschneiden sei, nicht gefolgt werden. Nach § 19 Abs. 4 StGV sind Abschreibungen zulässig, wenn sie verbucht oder, bei Fehlen einer nach kaufmännischer Art geführter Buchhaltung, in besonderen Abschreibungstabellen ausgewiesen sind. Zulässig ist zudem nach § 20 StGV die Sofortabschreibung der Differenz zwischen dem Anlagewert und dem Endwert auf beweglichen Gegenständen des Anlagevermögens. Endwert ist der Wert, den der ab-

zuschreibende Gegenstand in dem Zeitpunkt haben wird, in welchem er aus dem Betrieb ausscheidet; er beträgt in der Regel 20 Prozent des Anlagewerts. Die Einschränkung, dass Abschreibungen nur auf dem geschäftlich genutzten Teil zulässig seien, ist im Gegensatz zum alten Recht – § 14 Abs. 4 aStGV erlaubte nach der damals geltenden Wertzerlegungsmethode nur Abschreibungen auf dem geschäftlich genutzten Teil von Gegenständen des Geschäftsvermögens – nicht (mehr) vorgesehen. Dies lässt sich auch aus dem Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom 12. November 1992 zum Übergang zur Präponderanzmethode ableiten, wonach bei einer vorwiegend geschäftlich genutzten Liegenschaft trotz eines ausgewiesenen Privatanteils bei den Betriebskosten die Abschreibung vom Einkommenssteuerwert zugelassen wird und im Gegenzug bei vorwiegend privat genutzten Liegenschaften der Abzug von Abschreibungen auf dem geschäftlich genutzten Teil ausgeschlossen wird (vgl. dazu ausführlich Kreisschreiben ESTV vom 12. November 1992 "Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit nach Art. 18 DBG (Ausdehnung der Kapitalgewinnsteuerpflicht, Übergang zur Präponderanzmethode und deren Anwendung)" in: ASA 61 (1992/1993) S. 507 ff.).

Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus den Vorgaben im StHG: Art. 10 Abs. 1 lit. a StHG sieht vor, dass die ausgewiesenen Abschreibungen des Geschäftsvermögens, abziehbar sind. Sowohl die Methode der Normalsätze mit linearen oder degressiven, als auch die Methoden der Sofortabschreibung oder der Einmalerledigung sind auch harmonisierungsrechtlich zulässig (vgl. MARKUS REICH in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG], 2. Auflage, Basel-Genf-München 2002, Art. 10 N 14 f.)

6.5

Da der Beschwerdeführer vorliegend sämtliche erwähnten Voraussetzungen für die Vornahme der Sofortabschreibung in der gesamten Höhe von Fr. 50'937.-- erfüllt, ist die von der Vorinstanz auf Fr. 10'187.-- festgesetzte Aufrechnung betreffend den Privatanteil Abschreibung zu streichen. Die Beschwerde ist daher in diesem

Punkt gutzuheissen. Bei der Festsetzung des Privatanteils Autokosten darf indessen nicht vernachlässigt werden, dass ein Teil der – von den Vorinstanzen im Rahmen der Abschreibung berücksichtigten – Abnutzung und Entwertung der Vermögensgegenstände des Geschäftsvermögens (Geschäftsfahrzeuge) auf die private Nutzung entfällt (zur Berücksichtigung der Amortisation im Rahmen des Privatanteils Autokosten: siehe hinten Erw. 7.3).

7.

7.1

Streitig ist weiter der Privatanteil an den Betriebskosten des Fahrzeugs bzw. der Fahrzeuge, die der Beschwerdeführer im Konto 4770 "Autospesen" in seiner Buchhaltung aufgeführt hat. Dabei konzediert er selbst, dass der von ihm zu Grunde gelegte "km-Preis zu gering ist". Weiter anerkennt er, dass der private Gebrauch auch in Bezug auf die Amortisation zu berücksichtigen ist (Beschwerde S. 6). Der Beschwerdeführer ist indessen der Auffassung, dass die Steuerkommission und ebenso das Steuerrekursgericht von einer zu hohen Anzahl privat gefahrener Kilometer ausgegangen seien.

7.2.

Der Beschwerdeführer hat für die beiden von ihm genutzten Geschäftsfahrzeuge eine Gesamtkilometerleistung von 23'637 km angegeben. Davon ist er nunmehr bereit, nachdem er anfänglich noch von 2'400 km für die private Nutzung ausgegangen war, eine private Kilometerleistung von 3'000 km zu akzeptieren. Die privaten Fahrzeugkosten (inkl. Amortisation und Betrieb) berechnet er auf Fr. 2'259.--, wobei er unzutreffend ausführt, dass in der Buchhaltung bereits 1'560.-- privat verrechnet wurden, zumal er im Konto 4770 "Autospesen" lediglich Fr. 1'200.-- als private Benutzung verbucht hatte. Erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens hatte er akzeptiert, dass er in der Buchhaltung von einem zu geringen Kilometerpreis ausgegangen sei, was richtigerweise zu dem entsprechend höheren Privatanteil hätte führen müssen.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers vermögen seine privaten Aufzeichnungen in Excel-Tabellen keinen ausreichenden Nachweis für die ganz überwiegend geschäftliche Nutzung des Fahrzeugs zu erbringen, ohne dass insoweit auf die Aus-

fürungen der Vorinstanz zur Kombination von Baustellenfahrten abgestellt werden müsste. Bei einer insgesamt nicht besonders hohen Laufleistung von 23'637 km beider Fahrzeuge ergibt sich bei der Annahme eines Anteils privater Fahrten von 20 Prozent ein Anteil von rund 4'727 km. Eine solche Kilometerleistung liegt, auch wenn der Beschwerdeführer noch ein privates Motorrad besitzt und ihm unbestrittenermassen für den diesbezüglichen privaten Gebrauch Kosten in der Höhe von Fr. 5'000.-- entstanden sind, nach der allgemeinen Lebenserfahrung eher an der unteren Grenze der üblichen privaten Nutzung eines Fahrzeugs. Die noch erheblich niedriger angesetzte behauptete private Fahrleistung von 3'000 km erscheint hingegen als unplausibel. An den Nachweis der entsprechenden Behauptung des Beschwerdeführers sind daher hohe Anforderungen zu stellen. Es wäre ein eigentliches Fahrtenbuch zu verlangen, dem genaue Angaben über Abfahrts- und Ankunftsart und -zeit, zurückgelegte Anzahl an Kilometern sowie den jeweiligen Anlass der Fahrten entnommen werden können müssten, damit eine so weitgehende geschäftliche Nutzung eines Geschäftsfahrzeugs als nachgewiesen gelten könnte, wie sie der Beschwerdeführer behauptet. Diese Voraussetzungen erfüllen die Aufzeichnungen des Beschwerdeführers indes nicht, sodass von einer privaten Fahrleistung von 5'000 km gemäss dem heranzuziehenden Merkblatt N1/2001 der ESTV über die Bewertung der Naturalbezüge und der privaten Unkostenanteile von Geschäftsinhaberinnen und Geschäftsinhabern (Merkblatt N1/2001) für ein wenig privat benütztes Auto auszugehen ist.

7.3

Hinsichtlich der Bemessung des Privatanteils ist sodann – wie erwähnt (siehe vorne Erw. 6.5) dem Umstand Rechnung zu tragen, dass neben den verbuchten Ausgaben, auch der Abnutzung und Entwertung der Geschäftsfahrzeuge Rechnung zu tragen ist. Da dafür, wie bereits dargelegt, nicht einfach eine Aufrechnung bei der vom Beschwerdeführer zulässigerweise verbuchten Sofortabschreibung vorgenommen werden kann – womit in der Sache der Hypothese eines stets gleich bleibenden Privatanteils bei ebenfalls gleich bleibender Laufleistung gefolgt würde –, drängt es sich auf, für die Bemessung des Privatanteils nicht auf die – ohne Berücksichtigung

der Abschreibung – verbuchten Betriebsausgaben für die beiden Fahrzeuge abzustellen, sondern ebenfalls hilfsweise das Merkblatt N1/2001 heranzuziehen, welches im Rahmen der Betriebskosten auch die festen Kosten mit berücksichtigt. Bei Zugrundelegung dieses Merkblatts ergibt sich bei der pauschalen Ermittlung für die beiden Fahrzeuge ein Privatanteil von abgerundet Fr. 3'200.--, wobei zu Gunsten des Beschwerdeführers auf eine gesamte Fahrleistung von 25'000 km und abgerundete Katalogpreise von Fr. 37'000.-- (BMW 325; in Gebrauch bis Ende Juli 2002) und Fr. 60'000.-- (BMW 330; in Gebrauch ab August 2002) abgestellt wurde. Wird zusätzlich in Erwägung gezogen, dass bereits ein Anteil von 20 Prozent an den verbuchten Betriebskosten den Betrag von Fr. 2'264.-- ergibt, so erscheint der pauschal ermittelte Privatanteil als angemessen und es muss damit sein Bewenden haben.

Abzüglich des bereits verbuchten Privatanteils von Fr. 1'200.-- beträgt die Aufrechnung damit neu Fr. 2'000.--.

27 Mahnung vor Ermessensveranlagung

- **Mahnung als in der Regel unverzichtbares formelles Erfordernis für die Vornahme von Ermessensveranlagungen.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 21. Oktober 2009 in Sachen G. gegen Einwohnergemeinde O. und Kantonales Steueramt (WBE.2009.111).

Aus den Erwägungen

1.

1.1

Hat die steuerpflichtige Person trotz Mahnung ihre Verfahrenspflichten nicht erfüllt oder können die Steuerfaktoren mangels zuverlässiger Unterlagen nicht einwandfrei ermittelt werden, wird die Veranlagung nach pflichtgemäsem Ermessen vorgenommen (§ 191 Abs. 3 StG; vgl. ebenso Art. 46 Abs. 3 StHG und Art. 130 Abs. 2 DBG).

1.2

Entgegen der Gesetzesformulierung, die auf zwei Tatbestandsvarianten hindeutet (Verletzung von Verfahrenspflichten, Fehlen zuverlässiger Unterlagen), setzen die angeführten Bestimmungen für eine Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen stets einen Untersuchungsnotstand voraus (Martin Plüss, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 3. Aufl., Muri/Bern 2009, § 191 N 14; Martin Zweifel, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht [StHG], Bd. I/1, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 46 N 29; Ders. in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht [DBG], Bd. I/2b, 2. Aufl., Basel 2008, Art. 130 N 30; Markus Berger, Voraussetzungen und Anfechtung der Ermessensveranlagung, in: ASA 75, S. 196).

1.2.1

Das Erfordernis eines Untersuchungsnotstandes hat zum einen zur Folge, dass – ungeachtet der Verletzung von Verfahrenspflichten durch die steuerpflichtige Person – keine Ermessensveranlagung vorzunehmen ist, wenn die Verfahrenspflichtverletzung keinen Untersuchungsnotstand zur Folge hat (Zweifel, [DBG], a.a.O., Art. 130 N 30).

1.2.2

Eine andere Folge des Erfordernisses des Untersuchungsnotstands besteht darin, dass die Steuerbehörden, bevor sie zu einer Ermessensveranlagung Zuflucht nehmen dürfen, die ihnen zur Verfügung stehenden Untersuchungsmittel ausschöpfen müssen (vgl. Berger, a.a.O., S. 198; so auch schon Känzig/Behnisch, Die direkte Bundessteuer, 2. Aufl., III. Teil [Art. 65 - 158 BdBSt], Basel 1992, Art. 92 N 2). Insbesondere können sie im Fall der Einreichung unvollständiger Steuererklärungen oder fehlender Unterlagen nicht ohne weiteres zu einer Ermessensveranlagung schreiten, sondern müssen den Steuerpflichtigen zunächst auffordern die festgestellten Mängel zu beheben und, sofern dieser der Aufforderung nicht nachkommt, zur Einhaltung seiner Verfahrenspflichten mahnen (vgl. Zweifel [DBG], a.a.O., Art. 130 N 34), da erst nach erfolgloser Mahnung feststeht, dass die Verfahrenspflichtverletzung des Steuerpflichtigen auch einen Untersuchungsnotstand zur Folge hatte (bzw.

sich dieser mangels Mitwirkung des Steuerpflichtigen nicht beheben lässt).

Dies gilt auch für den Fall einer sog. Veranlagung nach dem Lebensaufwand. Stellt die Steuerbehörde nach Einreichung der Steuererklärung einen Widerspruch zwischen dem deklarierten Einkommen (sowie einer allfällig deklarierten Vermögenszunahme) und dem zu vermutenden Lebensaufwand fest, so muss sie den Steuerpflichtigen zunächst auffordern, diesen Widerspruch aufzuklären und ihre Aufforderung gegebenenfalls mahnen. Erst wenn sich der Widerspruch trotz Mahnung nicht aufklären lässt, darf und muss die Steuerbehörde eine Ermessensveranlagung vornehmen (unzutreffend insoweit Martin Plüss, a.a.O., § 191 N 23; auch bei der Ermessensveranlagung nach dem Lebensaufwand ist eine Mahnung erforderlich).

Unterbleiben können Aufforderung und Mahnung grundsätzlich nur dann, wenn die steuerpflichtige Person den Sachverhalt der Natur der Sache nach nicht mehr klären kann. Als Beispiel dafür ist der Fall zu nennen, wenn der Steuerpflichtige ein mangelhaftes Kassenbuch vorlegt. Ein nachträglich erstelltes Kassenbuch kann nämlich von vornherein nicht die ihm zugedachte Kontrollfunktion übernehmen und ihm kommt damit keine Beweiskraft zu (vgl. dazu VGE II/57 vom 15. Juli 2009 [WBE.2009.101], S. 8).

2.

2.1

Hier ist unbestritten, dass die Steuerkommission O. den Beschwerdeführer vor Vornahme der Ermessensveranlagung weder aufgefordert noch gemahnt hat, den Widerspruch aufzuklären zwischen dem deklarierten Einkommen und Vermögen von Fr. 0.-- (sowie der ihr bekannten Einstellung der Sozialhilfezahlungen an ihn per 30. September 2004) einerseits und andererseits der Tatsache, dass er seinen Lebensaufwand im Jahr 2006 auf irgendeine Weise bestritten haben musste. Die Ermessensveranlagung vom 26. November 2007 leidet damit an einem schwerwiegenden Verfahrensfehler.

2.2

Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer bereits in den Vorjahren Steuererklärungen eingereicht hatte, mit denen er das gänzliche Fehlen von Einkünften und Vermögen behauptete. Dieser Umstand allein

kann indessen nicht von der Einhaltung der für die Vornahme einer Ermessensveranlagung massgeblichen Verfahrensnormen dispensieren. Dies ist schon deshalb ausgeschlossen, weil jede Veranlagung ein eigenes Verfahren darstellt. Die Veranlagungsbehörden sind denn auch in der Beurteilung von Sachverhalten nicht an ihre bereits in vorangegangenen Steuerperioden vorgenommene Beurteilung des gleichen Sachverhalts gebunden (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Züricher Steuergesetz, 2. Aufl., Zürich 2006, Vorbemerkungen zu § 119 - 131 N 87 mit Hinweisen).

2.3

Entgegen der Auffassung des Steuerrekursgerichts fällt auch die Annahme einer Heilung des festgestellten Mangels im Einspracheverfahren ausser Betracht. Ermessensveranlagungen können nur wegen offensichtlicher Unrichtigkeit angefochten werden. Die Einsprache ist zudem zu begründen und muss allfällige Beweismittel nennen, wobei die Begründung der Einsprache sogar ein Gültigkeitserfordernis bildet (§§ 192 Abs. 2 und 193 Abs. 1 StG, Art. 48 Abs. 2 StHG, Art. 132 Abs. 3 DBG; vgl. zum Ganzen ausführlich Zweifel, [DBG], a.a.O., N 32 ff. sowie Berger, a.a.O., S. 203 ff.). Die verschärften Anforderungen an die Rechtsmittelerhebung, noch mehr aber die auf die Feststellung offensichtlicher Unrichtigkeit, d.h. im Ergebnis auf Willkür beschränkte Kognition der Einsprachebehörde bei der Überprüfung von Ermessensveranlagungen (auf welche die Steuerkommission O. in ihrem Entscheid vom 26. Februar 2008 ausdrücklich hinweist), verbieten es, hinsichtlich der fehlenden Mahnung eine Heilung im Rechtsmittelverfahren anzunehmen.

28 Qualifikation zugeflossener Mittel

- **Qualifikation zugeflossener Mittel als Einkommen, sofern kein Nachweis eines steuerfreien Zuflusses erbracht werden kann (Schenkung, Kapitalgewinn, etc.).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 4. November 2009 in Sachen K.-D. (WBE.2009.5).

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Unbestritten ist der im ordentlichen Steuerverfahren nicht deklarierte Ertrag aus dem Baggerbetrieb. Bestritten ist jedoch u.a. die Finanzierung der Anschaffung. Die Beschwerdeführer bringen vor, die Finanzierung sei durch ein Darlehen über Fr. 14'000.-- von D. erfolgt. D. bestätigte mit Erklärung vom 8. Juli 2008, dass er dem Beschwerdeführer auf den Jahreswechsel 2001 ein Darlehen von Fr. 14'000.-- für den Ankauf von Baggern usw. gewährt habe, und dass dabei auf einen schriftlichen Darlehensvertrag verzichtet worden sei.

Das von D. gewährte Darlehen wurde gemäss Angaben der Beschwerdeführer ohne Ausgabe einer Quittung bar ausbezahlt.

1.2.

Die Vorinstanz führte dazu aus, die Beschwerdeführer hätten das behauptete Darlehen in den Steuererklärungen 2001 bis 2003 nicht deklariert. Zudem sei unklar, aus welchem Grund das Darlehen bereits Anfangs Januar 2001 hätte gewährt werden sollen, seien doch der Bagger und der Anhänger erst am 18. bzw. 26. Mai 2001 gekauft worden. Die Bestätigung von D. reiche für sich nicht aus, um das Darlehen genügend nachzuweisen. Die Aufrechnung eines zu-

sätzlichen Einkommens über Fr. 14'000.-- sei daher zu Recht erfolgt (Vorinstanzliches Urteil, Erw. 3.3.4.).

1.3.

1.3.1.

Der Einkommenssteuer unterliegen alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte (§ 25 Abs. 1 StG). Nach dem solchermassen formulierten Grundsatz der Gesamtreineinkommensteuer fallen alle Einkünfte, ob wiederkehrend oder einmalig, ob in der Form von Geld oder Naturalien, unter den Einkommensbegriff und unterliegen damit der Einkommenssteuer (vgl. Martin Plüss, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 3. Aufl., Muri/Bern 2009, § 25 N 7; ebenso im Ergebnis zur direkten Bundessteuer: Peter Locher, Kommentar zum DBG, I. Teil, Therwil 2001, Art. 16 N 4). Die Einkommensgeneralklausel von § 25 Abs. 1 StG "überdacht" gewissermassen (ebenso wie jene von Art. 16 Abs. 1 DBG) die beispielhaften Aufzählungen in den § 26 bis 32 StG und ergänzt diese. Fällt eine Einkunft nicht unter eine der genannten Bestimmungen, so ist sie daher grundsätzlich unter die Generalklausel zu subsumieren und dementsprechend steuerbar (vgl. Locher, a.a.O., Art. 16 N 6).

1.3.2.

Hier wurde der Mittelzufluss von Fr. 14'000.- nicht bestritten, so dass an sich eine unter die Generalklausel fallende Einkunft anzunehmen wäre. Hingegen haben die Beschwerdeführer behauptet, es handle sich dabei nicht um Einkommen, sondern um die Gewährung eines Darlehens durch D.. Damit haben die Beschwerdeführer das Vorliegen eines steuermindernden Umstands geltend gemacht, für den sie beweispflichtig sind (StE 1990 B 13.1. Nr. 6; Conrad Walther, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 3. Aufl., Muri/Bern 2009, § 174 N 28; vgl. zur Qualifikation unbewiesener "Darlehen" als Einkommen: Martin Plüss, a.a.O., § 25 N 7 sowie Locher, a.a.O., Art. 23 N 2).

1.3.3.

Werden im Besteuerungsverfahren Tatsachen streitig, so ist für das Beweismass grundsätzlich vom Vollbeweis auszugehen (vgl. Markus Berger, Voraussetzungen und Anfechtung der Ermessensveranlagung, in: ASA 75, S. 192; Urteil des Verwaltungsgerichts des

Kanton Bern vom 2. März 2009, in: BVR 2009, S. 391, Erw. 4.3.2.). Das bedeutet, dass die infrage stehende Tatsache erst dann als nachgewiesen gilt, wenn ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für deren Vorhandensein spricht, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben. Die Wahrheitsüberzeugung der Behörde und/oder des Gerichts muss auf konkreten Gründen, der allgemeinen Lebenserfahrung und der praktischen Vernunft beruhen (BVR 2009, S. 391, Erw. 4.3.2.; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, Art. 19 N 6; René A. Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N 913). Das Beweismass kann aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung herabgesetzt sein (so etwa bei der Ermessensveranlagung; vgl. dazu Berger, a.a.O., S. 195). Beweiserleichterungen greifen nach Lehre und Rechtsprechung aber auch dann, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen, führen indessen nicht zu Beweiserleichterungen (BGE 130 III 321 Erw. 3.2).

1.4.

Die Ausbezahlung des Darlehens erfolgte gemäss Angaben der Beschwerdeführer bar, ohne Quittung und ohne schriftlichen Darlehensvertrag. In den Akten finden sich keine Unterlagen über mögliche Barbezüge von einem Bank- oder Postkonto. Die Beschwerdeführer haben das Darlehen nie in einer Steuererklärung angegeben und auch nicht in die Buchhaltung integriert. Schon dies lässt die behauptete Darlehensgewährung als äussert zweifelhaft erscheinen. Diese Zweifel verstärken sich noch bei genauerer Betrachtung der Verhältnisse beim angeblichen Darlehensgeber D.. Bereits das KStA machte die Beschwerdeführer darauf aufmerksam, dass D. in seiner Steuererklärung kein entsprechendes Darlehensguthaben ausgewiesen habe und dass er offenbar auch nicht über ein Kapitalvermögen verfüge, welches eine entsprechende Darlehensschuld zulassen würde.

Die Beschwerdeführer reichen einzig die Bestätigung von D. über die angebliche Darlehensgewährung ein. Die Bestätigung reicht

jedoch nicht aus, um die aufgezeigten Zweifel auszuräumen. Vielmehr ist aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführer nicht auszuschliessen, dass es sich um eine Gefälligkeitsbestätigung handelt.

Für das Nachsteuerverfahren gelten grundsätzlich dieselben Mitwirkungspflichten wie im ordentlichen Veranlagungsverfahren (vgl. § 209 StG). Die Beweislast des Steuerpflichtigen für steuermindernde Tatsachen führt zwar nicht zur Aufhebung des Untersuchungsgrundsatzes, nach welchem die Steuerbehörde verpflichtet ist, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Die Steuerbehörde ist jedoch nicht gehalten, weitere Sachverhaltsabklärungen zu tätigen, wenn der Steuerpflichtige seine Vorbringen trotz Aufforderung nicht substantiiert oder wenn er die erforderlichen Belege nicht bringt, obwohl ihm dies zumutbar wäre (AGVE 1993, S. 297).

Die Beschwerdeführer haben im gesamten Nachsteuerverfahren die aufgezeigten Zweifel über das Bestehen des Darlehens nicht entkräften können. Im Einspracheverfahren hatte ihnen das KStA am 17. Juni 2008 mitgeteilt, dass es die behauptete Darlehensgewährung aufgrund verschiedener Umstände (keine Deklaration in der Steuererklärung von D., mangelndes Barvermögen von D., etc.) nicht als nachgewiesen betrachten könne. Angesichts dessen wäre es Sache der Beschwerdeführer gewesen, im Einsprache- bzw. spätestens im Rekursverfahren zusätzliche Beweismittel für das behauptete Darlehensverhältnis einzureichen bzw. entsprechende Beweisanträge zu stellen. Dies haben sie indessen versäumt und sie haben auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine entsprechenden Anträge gestellt. Das Verwaltungsgericht ist daher nicht gehalten, aus eigener Initiative weitere Abklärungen zu treffen. Das Darlehen als steuermindernde Tatsache kann somit nicht nachgewiesen werden. Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs, wie dies die Beschwerdeführer vorbringen, liegt nicht vor. Die Beschwerdeführer erhielten mehrmals die Gelegenheit sich zu äussern und ihnen wurde aufgezeigt, weshalb Zweifel an dem Vorhandensein eines Darlehens bestehen. Die Aufrechnung von Fr. 14'000.-- ist daher gerechtfertigt.

29 Feststellungsverfügungen im Steuerrecht (Praxisverschärfung)

- **In Veranlagungen sind über die Festlegung der Steuerfaktoren hinausgehende rechtskräftige Feststellungen ausgeschlossen (Erw. 1).**
- **Selbstständige Feststellungsverfügungen sind im Steuerrecht, abgesehen vom Fall der Feststellung der Steuerpflicht, grundsätzlich ausgeschlossen (Erw. 2 f.).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 17. Juni 2009 in Sachen R.M. (WBE.2008.328).

Aus den Erwägungen

II.

1.

Es fragt sich zunächst, ob und allenfalls wie weit Feststellungen wie die hier streitigen mit Bezug auf bestimmte für die Besteuerung wesentliche Rechtsfragen neben der Festlegung der Steuerfaktoren in einer Veranlagungsverfügung möglich sind.

1.1.

Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis kommt einer Veranlagung bei periodischen Steuern nur für die betreffende Periode Rechtskraft zu; sowohl die tatsächlichen als auch die rechtlichen Verhältnisse können in einem späteren Veranlagungszeitraum anders gewürdigt werden (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Mai 2001 [2A.192/2000], Erw. 1b/bb mit Rechtsprechungshinweisen, vgl. auch Entscheide vom 18. Juni 2007 [2A.775/2006] und vom 23. Juni 2008 [2C_761/2007]). Das Bundesgericht anerkennt somit neben der Festsetzung der Steuerfaktoren keine Festlegung unanfechtbarer Berechnungsgrundlagen in Veranlagungsverfügungen.

1.2.

1.2.1.

Das Verwaltungsgericht hat in seiner Praxis wiederholt festgestellt, es bestehe im Steuerrecht – und zwar obwohl die bloss Anfechtung der Begründung einer Verfügung, ohne dass die Abände-

nung des Dispositivs verlangt wird, unzulässig ist (VGE II/113 vom 16. Dezember 2004 [BE.2004.374], Erw. 3a) – für gewisse grundlegende Werte das Bedürfnis, sie so festzulegen, dass sie auch für zukünftige Steuerperioden unanfechtbare Berechnungsgrundlagen bilden (zum Beispiel Buchwerte; vgl. AGVE 1988, S. 231 ff. = StE 1989, B 96.22 Nr. 1; VGE II/15 vom 4. März 2004 [BE.2002.00294], Erw. 1a; vgl. auch den Überblick bei CONRAD WALTHER, Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 3. Aufl., Muri-Bern 2009, § 164 N 3 ff.). Im Ergebnis anerkennt das Verwaltungsgericht damit, dass neben den Steuerfaktoren in der Veranlagung bestimmte andere Werte festgelegt werden können.

1.2.2.

Da die Rechtskraft einer Veranlagung sich nach der massgebenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Festlegung der Steuerfaktoren beschränkt, drängt es sich auf, die verwaltungsgerichtliche Praxis insoweit zu präzisieren, als derartige Festlegungen jedenfalls nicht in der Veranlagungsverfügung selbst erfolgen können.

2.

Es kann sich damit höchstens fragen, ob die Feststellungen des Landwirtschaftsexperten, die keinen Einfluss auf die Festlegung der Steuerfaktoren für die Kantons- und Gemeindesteuern 2005 hatten, als eigene, selbstständig neben der Veranlagungsverfügung stehende Verfügung erlassen werden konnten. Einem Recht der Steuerbehörde zur Vornahme eigenständiger Feststellungsverfügungen müsste dabei ein entsprechender Anspruch des Steuerpflichtigen auf Erlass derartiger Feststellungsverfügungen korrespondieren.

2.1.

Im DBG ist nicht ausdrücklich vorgesehen, dass die für die Vornahme der Veranlagung zuständigen Behörden über die Veranlagungsverfügungen hinaus, abgesehen von der Feststellung der Steuerpflicht und der Festlegung des Veranlagungsorts, Feststellungsverfügungen treffen können (BGE 126 II 514 Erw. 3c, S. 517 f. mit Ausführungen dazu, dass es sich bei der Stempelsteuer, der Verrechnungssteuer und der Mehrwertsteuer anders verhält). Dies hat das Bundesgericht als Indiz dafür gewertet, dass die Steuerbehörden über

die gesetzlich vorgesehenen Feststellungsverfügungen hinaus grundsätzlich nicht zum Erlass von Feststellungsverfügungen befugt sind.

2.2.

Ein Blick in das aargauische Steuergesetz zeigt das gleiche Ergebnis wie das Recht der direkten Bundessteuer: Gemäss § 191 Abs. 1 StG legt die Veranlagungsbehörde in der Veranlagungsverfügung die Steuerfaktoren (steuerbares Einkommen und Vermögen, steuerbarer Reingewinn und steuerbares Kapital), die Steuersätze und Steuerbeträge fest. § 164 Abs. 1 StG bestimmt sodann, dass in jeder Einwohnergemeinde zur Beurteilung der Steuerpflicht und zur Veranlagung der Einkommens-, Vermögens- und Grundstückgewinnsteuer eine Steuerkommission zu bestellen ist. Insbesondere der Wortlaut der zuletzt genannten Norm deutet darauf hin, dass die Steuerkommission als Veranlagungsbehörde jenseits der Vornahme von Veranlagungen grundsätzlich lediglich Verfügungen über die Feststellung der Steuerpflicht treffen kann.

Für einen gleichen Umfang der Verfügungszuständigkeit der Steuerbehörden gemäss dem DBG und dem StG spricht auch das Interesse an der Vermeidung eines Auseinanderfallens des Umfangs der Verfügungszuständigkeit im Bereich der kantonalen Steuern und der vom Kanton administrierten direkten Bundessteuer. Es würde hinsichtlich der Einkommen- und Gewinnsteuer eine unzumutbare prozessuale Komplizierung bedeuten, wenn die Zuständigkeit der Steuerbehörden zum Erlass gesonderter, neben die Veranlagung tretender Verfügungen bei den kantonalen Steuern weiter wäre als bei der direkten Bundessteuer.

3.

3.1.

Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus. Es muss ein berechtigtes Bedürfnis an der unmittelbaren Klärung eines konkreten Rechtszustands bestehen. Dabei genügt auch ein tatsächliches Interesse, das in der Praxis etwa dann bejaht wird, wenn private Dispositionen vernünftigerweise erst vor dem Hintergrund eines amtlichen Bescheids in die Wege geleitet werden können (BGE 125 V 21 Erw. 1b; vgl. zum

Ganzen PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 28 N 61 S. 226).

3.2.

Die bundesgerichtliche Praxis ist hinsichtlich des Rechts bzw. der Pflicht der Steuerbehörden zum Erlass von Feststellungsverfügungen im Bereich der direkten Bundessteuer äusserst zurückhaltend. Das Bundesgericht hat bislang grundsätzlich nur Feststellungsentscheide zur Abklärung der subjektiven Steuerpflicht und des Veranlagungsorts als zulässig erachtet (BGE 126 II 514 sowie BGE 124 II 383, in dem ein Feststellungsanspruch nur bejaht wurde, weil gesetzlich ausdrücklich ein Anerkennungsverfahren für Produkte aus dem Bereich der Säule 3A vorgesehen war). Insbesondere hat das Bundesgericht in ständiger Praxis ein Feststellungsinteresse hinsichtlich der Festlegung des Verlustvortrags verneint, solange der infrage stehende Verlust nicht in einer Steuerperiode zur Verrechnung gebracht wird, d.h. sich die Höhe des Verlustvortrags nicht unmittelbar auf die infrage stehende Veranlagung auswirkt (Urteil des Bundesgerichts vom 23. Juni 2008 [2C_761/2007], Urteil vom 18. Juni 2007 [2A.775/2006], Urteil vom 9. Mai 2001 [2A.192/2000]).

3.3.

3.3.1.

Das Verwaltungsgericht ist in seiner bisherigen Praxis bei der Annahme eines ausreichenden Interesses am Erlass einer Feststellungsverfügung im Steuerrecht weniger zurückhaltend gewesen. So hat es, wie bereits dargelegt, etwa ein Bedürfnis zur Festlegung bestimmter grundlegender Werte anerkannt, damit sie auch für zukünftige Steuerperioden unanfechtbare Berechnungsgrundlagen bilden. Ebenso hat es als möglich erachtet, dass ein Steuerpflichtiger einen Feststellungsentscheid zur Frage, ob Gewinne aus der Veräusserung von Grundstücken mit der Grundstückgewinnsteuer zu erfassen sind oder als Einkünfte aus gewerbmässigem Liegenschaftenhandel der Einkommensteuer unterliegen, erwirkt (AGVE 1988, S. 235 ff.). Hingegen hat es ein Feststellungsinteresse hinsichtlich der Aufteilung von wertvermehrenden gegenüber werterhaltenden Aufwendungen beim Liegenschaftunterhalt, mit Bezug auf die Zugehö-

rigkeit eines Vermögensgegenstands zum Privat- oder Geschäftsvermögen sowie hinsichtlich der Festlegung der Höhe des Verlustvortrags verneint (vgl. WALTHER, a.a.O., § 164 N 4 und 6).

Bereits mit Urteil vom 19. Dezember 2006 (VGE II/102 [WBE.2006.307] publ. in: AGVE 2006, S. 99 ff.) hat das Verwaltungsgericht diese Praxis eingeschränkt, indem es ein besonders schutzwürdiges Interesse am Erlass eines Feststellungsentscheids verlangt hat. Das besonders schutzwürdige Interesse sah es damals mit Bezug auf die übergangsrechtliche Problematik für die Festlegung der künftig zu berücksichtigenden Anlagekosten und Abschreibungen als gegeben an (Frage der Anwendbarkeit des alten oder neuen Rechts für Ermittlung eines allfälligen späteren Veräusserungsgewinns bei Ersatzbeschaffung eines landwirtschaftlichen Grundstücks). Aufgrund dieser Konstellation bejahte auch das Bundesgericht ein schutzwürdiges Interesse (Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juni 2008 [2A.116/2007]). Es fragt sich jedoch, insbesondere vor dem Hintergrund der strengeren Praxis des Bundesgerichts, ob die bisherige Praxis des Verwaltungsgerichts, welche bereits mit dem Urteil vom 19. Dezember 2006 eingeschränkt wurde nicht weiter präzisiert werden muss.

3.3.2.

Für eine Präzisierung spricht zunächst der bereits erwähnte Umstand, dass für Bundes- und kantonale Steuern, welche das gleiche Steuerobjekt erfassen (Einkommen- und Gewinnsteuer), auch verfahrensmässig ein möglichst weitgehender Gleichlauf erreicht werden sollte. Es ist nur schwer vorstellbar, bestimmte Werte (z.B. kumulierte Abschreibungen auf einer landwirtschaftlichen Liegenschaft, Buchwerte bestimmter Anlagegütern o.ä.) für die Zwecke der kantonalen Einkommensteuer in einer gesonderten Feststellungsverfügung festzulegen, währenddem eine solche Festlegung für die direkte Bundessteuer von Bundesrechts wegen ausgeschlossen ist.

3.3.3.

Ein Interesse am Erlass gesonderter Feststellungsverfügungen im Steuerrecht ist, abgesehen vom Fall der Feststellung der Steuerpflicht, aber auch aus anderen Gründen jedenfalls grundsätzlich zu verneinen.

3.3.3.1.

Dem Interesse des Steuerpflichtigen an Rechtssicherheit im Hinblick auf von ihm in Aussicht genommene Dispositionen, die möglicherweise Steuerfolgen nach sich ziehen, ist regelmässig mit der Einholung von Auskünften bei der zuständigen Behörde ausreichend gedient. Darauf hat auch das Bundesgericht schon mehrfach aufmerksam gemacht. Auskünfte der Steuerbehörden führen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, dazu, dass der Steuerpflichtige in seinem Vertrauen darauf geschützt wird (vgl. dazu ausführlich BGE 126 II 514 Erw. 3e). Ein Interesse am Erlass eigenständiger Feststellungsverfügungen besteht daher in solchen Fällen regelmässig nicht. Dementsprechend fällt auch für die Steuerbehörden ausser Betracht, aus eigener Initiative derartige Verfügungen zu treffen.

Dabei ist nicht zu übersehen, dass der Steuerpflichtige bisweilen auch nach Vollzug eines Rechtsgeschäftes (insbesondere etwa bei Ersatzbeschaffungen, Betriebsübertragungen oder sonstigen Geschäften, bei denen die steuerrechtlichen Normen im Ergebnis einen Steueraufschub vorsehen) Sicherheit darüber möchte, welche Steuerfolgen sich allenfalls bei einem späteren Geschäft (wenn der Steueraufschub infolge Realisation endet) ergeben. Ein solches Interesse ist indes nicht aktuell und kann damit höchstens Anlass für die Erteilung einer Auskunft der Steuerbehörden, nicht hingegen für den Erlass einer Feststellungsverfügung bilden.

3.3.3.2.

Im Hinblick auf Sachverhalte, die sich bereits verwirklicht haben, ist ein Interesse am Erlass eigenständiger Feststellungsverfügungen noch weniger erkennbar.

- Auch wenn die Durchführung eines Veranlagungsverfahrens für den Steuerpflichtigen in Einzelfällen mit grösserem Aufwand verbunden ist als wenn er vorgängig einen Grundsatzentscheid über bestimmte für die Besteuerung wesentliche Fragen erwirken könnte (vgl. z.B. die Konstellation in AGVE 1988, S. 235, wo es um die Frage ging, ob ein Gewinn aus der Veräusserung von Liegenschaften der Grundstückgewinn- oder der Einkommensteuer unterliegt), so vermag doch dieser grössere Aufwand des Steuerpflichtigen allein

noch kein ausreichendes Interesse an einer Feststellungsverfügung zu begründen.

- Eine Festlegung gewisser grundlegender Werte, insbesondere von Buchwerten, ist, wie bereits dargelegt, nach der Praxis des Bundesgerichts im Rahmen von Veranlagungsverfügungen generell, d.h. nicht nur beschränkt auf die direkte Bundessteuer, nicht möglich, da entsprechende Festlegungen nicht an der Rechtskraft der Veranlagung teilnehmen und die Werte damit zu einem späteren Zeitpunkt immer wieder infrage gestellt werden können. Festlegungen (z.B. kumulierte Abschreibungen) können aber auch dann, wenn sie in separaten Feststellungsverfügungen getroffen werden, jedenfalls im Bereich der direkten Bundessteuer nicht verbindlich sein, würde doch ansonsten durch eine entsprechende Praxis die restriktive bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen im Bereich der direkten Bundessteuer unterlaufen. Liesse die Praxis separate Feststellungsverfügungen für bestimmte Werte zu, so könnten diese somit nur den Bereich der kantonalen Steuern beschlagen. Eine solche Lösung ist bereits aus Gründen eines einheitlichen Vollzugs des Steuerrechts abzulehnen.

- Für die Annahme eines ausreichenden Interesses an einer Feststellungsverfügung werden bisweilen Beweisschwierigkeiten (aufwändige Abklärungen über weit zurückliegende Sachverhalte; vgl. WALTHER, a.a.O., § 164 N 6) angeführt. Allfällige spätere Beweisschwierigkeiten vermögen indessen für sich allein genommen nicht den Erlass einer Feststellungsverfügung zu rechtfertigen. Zum einen lassen sich diese Beweisschwierigkeiten im Bereich der direkten Bundessteuer, wie dargelegt, nicht mittels Feststellungsverfügungen beseitigen. Aber auch in kantonallyrechtlich geregelten Materien wie etwa im Grundstückgewinnsteuerrecht ist nicht erkennbar, welche besonderen Vorteile die Möglichkeit des Erlasses von Feststellungsverfügungen mit sich bringen soll, die nicht auch auf andere Weise erreicht werden könnten. Im Hinblick auf die Beweissicherung steht nichts entgegen, dass die Steuerbehörde dem Pflichtigen für spätere Steuerperioden wichtige Werte mitteilt und sie damit beweiskräftig festhält. Auch der Steuerpflichtige selbst kann gegenüber der Steuerbehörde vergleichbare Erklärungen abgeben bzw. Beweis-

mittel zu den Akten geben (bzw. bei sich selbst aufbewahren). Den Erlass einer gesonderten Feststellungsverfügung braucht es dafür nicht.

3.3.4.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten: Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung für den Erlass gesonderter Feststellungsverfügungen (1), das Interesse an einer Verfahrenseinheit beim Vollzug der Rechts der direkten Steuern des Bundes und jener des Kantons Aargau (2) sowie das Fehlen zwingender Gründe für eine liberalere Praxis beim Erlass von Feststellungsverfügungen als der vom Bundesgericht für die direkte Bundessteuer vorgegebenen (3) gebieten folgende Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts mit Bezug auf die Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen im Steuerrecht:

In Veranlagungen sind über die Festlegung der Steuerfaktoren hinausgehende rechtskraftfähige Feststellungen ausgeschlossen. Ebenso sind selbstständige Feststellungsverfügungen im Steuerrecht, abgesehen vom Fall der Feststellung der Steuerpflicht, grundsätzlich ausgeschlossen. Nur aus zwingenden praktischen Gründen kann in besonderen Einzelsituationen die Vorwegnahme eines Entscheids über eine Rechtsfrage geboten sein, obwohl es mangels Verwirklichung eines Steuertatbestands noch nicht zu einer Veranlagung kommt. Für solche Sonderfälle ist ausnahmsweise das Recht auf bzw. die Pflicht zum Erlass einer selbstständigen Feststellungsverfügung vorzubehalten (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juni 2008 [2A.116/2007]).

30 Abzugsfähige Fahrtkosten bei fixen und flexiblen Arbeitszeiten; Zumutbarkeit der Nutzung einer Park & Ride-Variante

- **Der zeitliche Mehraufwand ist für Tage mit fixen und flexiblen Arbeitszeiten separat zu berechnen (Erw. 4.4).**
- **Der zumutbare zeitliche Mehraufwand von 60 Minuten gilt auch für die Benützung einer Park & Ride-Variante (Erw. 4.4.2.).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 2. Dezember 2009, in Sachen K. (WBE.2009.265).

Aus den Erwägungen

4.

4.1

Nach der Rechtsprechung wird der bei der Benützung des öffentlichen Verkehrs im Vergleich zum Privatfahrzeug resultierende zeitliche Mehraufwand als zumutbar erachtet, wenn dieser weniger als eine Stunde pro Tag beträgt. Die genannte Zeitersparnis von einer Stunde stellt einen Richtwert dar, der nicht sklavisch zu befolgen ist. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Quantität (Fahrplandichte) und Qualität (direkte Verbindungen, S-Bahn oder Bummelzüge) des Angebots 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 (vgl. AGVE 2005, S. 364 f.; AGVE 2008, S. 75 f.).

4.2.

Die Vorinstanz berechnete bei der "Park & Ride" - Variante für die Strecke von der Wohnadresse des Beschwerdeführers in Menziken zum Arbeitsplatz eine Fahrdauer von 99 Minuten (22 Minuten für den Weg mit dem Privatfahrzeug von der Wohnadresse des Beschwerdeführers in Menziken zum Bahnhof in Sursee, 8 Minuten für die Parkplatzsuche, die Bedienung der Parkuhr und den Fussweg zum Bahnsteig, 61 Minuten für die Zugfahrt von Sursee nach Ostermundigen und 8 Minuten für die Strecke vom Bahnhof Ostermundigen zum Arbeitsort in Bern an der O. strasse). Für die Berechnung der Wegstrecke von Sursee nach Ostermundigen berücksichtigte die Vorinstanz die schnellsten Zugverbindungen mit Abfahrt um 6:15 Uhr bzw. 7:15 Uhr (vgl. vorinstanzlicher Entscheid, Erw. 4.5.1.).

Für den Rückweg vom Arbeitsplatz des Beschwerdeführers bis zur Wohnsitzadresse ermittelte die Vorinstanz eine Reisezeit von 100 Minuten (8 Minuten Gehweg zum Bahnhof Ostermundigen, 3 Minuten Sicherheitszuschlag, 64 Minuten Zugfahrt von Ostermundigen nach Sursee, 3 Minuten Fussmarsch vom Bahnhof in Sursee bis zum Auto und 22 Minuten Autofahrt vom Bahnhof Sursee bis zur

Wohnsitzadresse in Menziken). Für die Berechnung der Wegstrecke von Ostermundigen nach Sursee stellte sie wiederum auf die schnellsten Zugverbindungen mit Abfahrt um 16:40 Uhr, 17:40 Uhr bzw. 18:40 Uhr ab (vgl. vorinstanzlicher Entscheid, Erw. 4.5.2.).

Insgesamt beträgt die errechnete tägliche Reisedauer 199 Minuten (99 Minuten plus 100 Minuten).

Für die Fahrdauer mit dem Privatfahrzeug von der Wohnsitzadresse des Beschwerdeführers zum Arbeitsort ging die Vorinstanz aufgrund ihrer Berechnung im "TwixRoute" ("schnellste Route") von 78 Minuten pro Weg bzw. 156 Minuten pro Tag aus.

Aus der Benützung des Privatautos für den Arbeitsweg schloss die Vorinstanz gegenüber der schnellsten Verbindung mit dem öffentlichen Verkehr bei der "Park & Ride" - Variante eine tägliche Zeitersparnis von 43 Minuten (199 Minuten minus 156 Minuten).

4.3.

Gegen die Berechnungen der Vorinstanz bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, die Arbeitszeitregelung beim Helpdesk sei fix und nicht flexibel. Er führt aus, er müsse bereits um 7:00 Uhr am Arbeitsplatz sein, wenn er zum Frühdienst beim Helpdesk eingeteilt sei und könne daher nicht, wie von der Vorinstanz vorgeschlagen, den Zug in Sursee um 6:15 Uhr mit Ankunft in Ostermundigen um 7:16 Uhr nehmen. Als Beweis für den Arbeitsbeginn und das Arbeitsende beim Helpdesk-Dienst legte er eine schriftliche Bestätigung des Arbeitgebers ins Recht (Eingabe des Beschwerdeführers vom 3. August 2009).

4.4.

4.4.1.

Gemäss dem Personaleinsatzplan war der Beschwerdeführer im Jahr 2006 an 24 Tagen zum Helpdesk-Frühdienst (7:00 Uhr bis 12:30 Uhr) und an einem Tag zum Helpdesk-Spättdienst (12:30 Uhr bis 18:00 Uhr) eingeteilt. An den übrigen 195 Arbeitstagen war er hingegen nicht für den Helpdesk zuständig. Wie es sich mit der Zumutbarkeit der Nutzung der "Park & Ride" - Variante verhält, ist für die 195 Arbeitstage ohne Helpdesk-Dienst, die 24 Tage mit Helpdesk-Frühdienst und den einen Tag mit Helpdesk-Spättdienst separat zu prüfen.

4.4.2.

Für die 195 Tage ohne Helpdesk-Dienst macht der Beschwerdeführer nicht geltend, er sei an fixe Arbeitszeiten gebunden gewesen. Er konnte somit an diesen Tagen den Beginn und das Ende seiner Arbeit frei bestimmen und hätte auch die von der Vorinstanz bei ihrer Berechnung berücksichtigten Zugverbindungen wählen können (vgl. vorinstanzliches Urteil, Erw. 4.5.1. f.). Für die 195 Tage ist somit für die Berechnung des zeitlichen Mehraufwands auf die von der Vorinstanz gewählten Zugverbindungen abzustellen.

Das Verwaltungsgericht hat die Berechnungen der Vorinstanz auf ihre Richtigkeit überprüft und festgestellt, dass diese die Dauer der Autofahrten von Menziken nach Sursee sowie von Menziken nach Bern im "TwixRoute" nicht mit derselben Methode ermittelt hat. Während die Vorinstanz die Strecke zwischen Menziken und Sursee anhand der "kürzesten Route" berechnet hat, ging sie bei der Ermittlung der Reisezeit von Menziken nach Bern von der "schnellsten Route" aus. Um einen verlässlichen Vergleich zwischen der Reisedauer mit dem Privatfahrzeug und der "Park & Ride" - Variante zu erhalten, ist die Berechnung anhand derselben Methode vorzunehmen. Da davon ausgegangen werden kann, dass der Beschwerdeführer den schnellsten Weg wählen würde, ist die Fahrdauer anhand der "schnellsten Route" zu ermitteln. Der Weg zwischen Menziken und Sursee beansprucht demnach nicht 22 Minuten, sondern lediglich 20 Minuten. In Bezug auf die restlichen Berechnungen ist das Verwaltungsgericht zu den gleichen Ergebnissen wie die Vorinstanz gelangt. Damit ergibt sich neu eine Reisezeit von 195 Minuten (97 Minuten Hinfahrt und 98 Minuten Rückfahrt). Die Zeitersparnis pro Tag beim Gebrauch des privaten Fahrzeugs beträgt folglich 39 Minuten (195 Minuten minus 156 Minuten) und liegt deutlich unter der Schwelle von einer Stunde. Dem Beschwerdeführer war es somit objektiv betrachtet zuzumuten, an den 195 Arbeitstagen ohne Helpdesk-Dienst die "Park & Ride" - Variante zu nutzen.

4.4.3

Hinsichtlich der 24 Arbeitstage mit Helpdesk-Frühdienst ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass die von der Vorinstanz bei ihrer Kalkulation berücksichtigten Zugverbindungen (Abfahrt um

6:15 Uhr und 7:15 Uhr) erst nach 7:00 Uhr in Ostermundigen eintreffen. Für diese Arbeitstage konnte er somit die von der Vorinstanz verwendeten Zugverbindungen aufgrund der fixen Arbeitszeiten in der Tat nicht wählen. Wie die Vorinstanz jedoch korrekt aufgezeigt hat, fuhr gemäss dem Kursbuch der SBB im Jahr 2006 am Morgen noch ein früherer Zug (Abfahrt um 5:19 Uhr und Ankunft um 6:46 Uhr). Unter Berücksichtigung des Zeitaufwands von 8 Minuten für den Weg vom Bahnhof Ostermundigen zum Arbeitsort von 600 Metern wäre der Beschwerdeführer mit diesem Zug um 6:54 Uhr und damit rechtzeitig am Arbeitsplatz erschienen. Bei der Wahl dieser Verbindung beträgt die Fahrtdauer für den Weg von Menziken nach Ostermundigen 123 Minuten:

Autofahrt Wohnort Menziken - Bahnhof Sursee:	20 Min.
Parkplatzsuche, Bedienung der Parkuhr sowie Fussweg zum Bahnsteig:	8 Min.
Zugfahrt Sursee - Ostermundigen:	87 Min.
Fussweg Bahnhof Ostermundigen - Arbeitsplatz:	8 Min.
Dauer Hinfahrt	123 Min.

Für die Rückfahrt am Abend ergeben sich hingegen an diesen Tagen keine zeitlichen Einschränkungen aufgrund von fixen Arbeitszeiten. Daher ist auf die von der Vorinstanz vorgeschlagenen Zugverbindungen mit Abfahrt um 16:40 Uhr, 17:40 Uhr oder 18:40 Uhr abzustellen. Für die Rückfahrt ist somit ein Zeitaufwand von 98 Minuten einzukalkulieren.

Damit beträgt der gesamte Zeitbedarf für die Hin- und Rückfahrt zwischen Wohn- und Arbeitsort 221 Minuten (123 Minuten für die Hinfahrt und 98 Minuten für die Rückfahrt). Im Vergleich zum ausschliesslich mit dem Privatfahrzeug zurückgelegten Arbeitsweg ergibt sich bei der Nutzung der "Park & Ride" - Variante somit ein zeitlicher Mehraufwand von 65 Minuten (221 Minuten minus 156 Minuten). Dieser zeitliche Mehraufwand überschreitet den von der Rechtsprechung aufgestellten Richtwert von einer Stunde. Die Nut-

zung der "Park & Ride" - Variante war dem Beschwerdeführer somit während den 24 Tagen mit Helpdesk-Frühdienst nicht zumutbar. Für diese Tage ist der Beschwerdeführer zum Abzug der Kosten seines Privatfahrzeugs berechtigt.

4.4.4.

Am vom Beschwerdeführer nachgewiesenen einzigen Arbeitstag mit Helpdesk-Spätendienst-Einsatz bestanden erst am Nachmittag fixe Arbeitszeiten. Er hätte somit am Morgen eine der von der Vorinstanz in ihrer Berechnung berücksichtigten Zugverbindungen mit Abfahrt um 6:15 Uhr oder 7:15 Uhr nehmen können. Für die Hin- und Rückfahrt ergibt sich daher eine Reisezeit von 97 Minuten (siehe vorne 4.4.2).

Für die Rückfahrt standen dem Beschwerdeführer folgende Zugverbindungen offen:

Ostermundigen ab:	18:10 Uhr	18:40 Uhr
Sursee an:	19:31 Uhr	19:44 Uhr
Dauer	81 Min.	64 Min.
Umsteigen	2x	1x

Der Beschwerdeführer macht geltend, er wäre am Abend mit dem Zug um 18:10 Uhr gefahren. Folglich rechtfertigt es sich für die Berechnung auf diese Verbindung abzustellen. Da der Beschwerdeführer gemäss seinen Angaben beim Spätendienst den Helpdesk fix bis um 18:00 Uhr betreuen musste, standen ihm bei dieser Zugvariante für den Fussweg vom Arbeitsplatz bis zum Bahnhof in Ostermundigen inkl. Sicherheitszuschlag 10 Minuten zur Verfügung. Insgesamt ergibt sich bei dieser Zugvariante eine Rückfahrtdauer von 114 Minuten:

Fussweg Arbeitsplatz - Bahnhof Ostermundigen (inkl. Sicherheitszuschlag):	10 Min.
Zugfahrt Ostermundigen - Sursee:	81 Min.
Fussweg Bahnhof - Auto:	3 Min.
Autofahrt Bahnhof Sursee - Menziken:	20 Min.
Dauer Rückfahrt	114 Min.

Die Hin- und Rückreise zwischen Wohn- und Arbeitsort dauert demnach 211 Minuten (97 Minuten für die Hinfahrt und 114 Minuten für die Rückfahrt). Im Vergleich zur Fahrdauer mit dem Privatfahrzeug ergibt sich bei der Nutzung der "Park & Ride" - Variante ein zeitlicher Mehraufwand von 55 Minuten (211 Minuten minus 156 Minuten). Die Zeitersparnis liegt folglich innerhalb des von der Rechtsprechung gesetzten Rahmens von einer Stunde. Im Bereich von einer Stunde Zeitersparnis hängt die Beurteilung der Zumutbarkeit von der Würdigung aller Umstände ab. Bei der Zugverbindung mit Abfahrt um 18:10 Uhr hätte der Beschwerdeführer keine Wartezeiten gehabt. Das Angebot an öffentlichen Verkehrsmitteln kann deshalb als gut eingestuft werden. Ausserdem liegen die mit dieser Zugverbindung zusammenhängenden zwei Umsteigevorgänge im Rahmen des Zumutbaren. Dem Beschwerdeführer wäre an dem einen Tag mit Helpdesk-Spättdienst die "Park & Ride" - Variante somit zumutbar gewesen.

5.

Dies führt zu folgender Berechnung der zum Abzug zugelassenen Fahrkosten:

Für 24 Arbeitstage ist für die Strecke zwischen dem Wohn- und Arbeitsort (99.2 Kilometer) ein Abzug für die Kosten des Privatfahrzeugs zu gewähren. Für die restlichen 196 Arbeitstage sind die Kosten für das Privatfahrzeug für den Weg von der Wohnadresse in Menziken bis zum Bahnhof Sursee (15.7 Kilometer) und die Parkplatzgebühren in Sursee von Fr. 5.-- zu berücksichtigen. Das Generalabonnement der SBB für die 2. Klasse kostete im Jahr 2006 Fr. 2'990.--. Insgesamt ergeben sich dadurch folgende abzugsfähige Berufsauslagen (Pauschalansätze pro Kilometer gemäss §§ 12 f. StGV i.V.m. Art. 3 Berufskostenverordnung und Anhang in der Fassung vom 23. September 2005 [AS 2005 S. 4815 f.]):

Privatfahrzeug Menziken - Bern:

24 Tage x 2 x 99.2 Kilometer à Fr. 0.65	Fr.	3'095
---	-----	-------

Privatfahrzeug Menziken - Bahnhof Sursee

196 Tage x 2 x 15.7 Kilometer à Fr. 0.65	Fr.	4'000
--	-----	-------

Parkplatz Sursee:		
196 Tage à Fr. 5.00	Fr.	980
Kosten GA 2. Klasse:	Fr.	2'990
Total abzugsberechtigte Fahrkosten	Fr.	11'065

Dem Beschwerdeführer ist somit für die Fahrkosten ein Abzug von Fr. 11'065.-- zu gewähren. Gegenüber dem Entscheid des Steuerrekursgerichts reduziert sich das von der Vorinstanz abgerundete steuerbare Einkommen von Fr. 99'000.-- um Fr. 3'298.-- (Fr. 11'065.-- ./ von der Vorinstanz gewährte Kosten für das "Park & Ride" von Fr. 7'767.--) auf Fr. 95'702.--.

IV. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht

31 Gestaffelte und terrassierte Bauweise

- **Begriffe der Staffelung und der Terrassierung im Sinne von § 12 Abs. 3 Satz 2 ABauV. Anwendungsfall einer gestaffelten Baute.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 2. März 2009 in Sachen G. gegen das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2008.161).

Aus den Erwägungen

2.2.

2.2.1.

Allseits unbestritten ist, dass sich das geplante Gebäude in einer Hanglage (vgl. § 12a ABauV) befindet. Am Hang werden Gebäudehöhe, Firsthöhe und Geschosshöhe talseitig gemessen (§ 12 Abs. 3 Satz 1 ABauV). Bei gestaffelten und terrassierten Bauten werden sie für jeden Gebäudeteil einzeln gemessen (§ 12 Abs. 3 Satz 2 ABauV). Mit dieser Sonderregelung wird bezweckt, Treppenüberbauungen an Hanglagen zu ermöglichen. Andernfalls würden nämlich die Höhenvorschriften der Nutzungsordnung regelmässig bei Weitem überschritten. Rechtfertigen lässt sich dabei die auf den einzelnen Gebäudeteil bezogene Betrachtungsweise deshalb, weil der Eindruck einer einheitlichen Gebäudefront bei derartigen Treppenüberbauungen wegen der Versetzung der einzelnen Gebäudestufen und deren Anlehnung an den Hangverlauf massgeblich abgeschwächt wird; dies ist denn auch der Grund, weshalb die Praxis die Voraussetzung geschaffen hat, dass die Terrassenfläche ein bestimmtes Verhältnis zur Wohnfläche nicht unterschreiten darf (siehe nachfolgend Erw. 2.2.2.). § 12 Abs. 3 Satz 2 ABauV ist also auf eine ganz bestimmte Art von Bauten, nämlich eben Treppenbauten an Hanglagen, bei denen die versetzte Anordnung der einzelnen Gebäudestufen auf

einem baulichen Sachzwang beruht, zugeschnitten (AGVE 2005, S. 156 mit Hinweis).

2.2.2.

Zu den Begriffen der gestaffelten bzw. terrassierten Bauweise (siehe § 12 Abs. 3 Satz 2 ABauV) lässt sich Folgendes festhalten:

Eine "Staffelung" liegt vor, wenn der betreffende Bauteil oder -körper sich in einem gewissen Masse optisch verselbständigt hat; andernfalls liesse es sich nicht rechtfertigen, die Bauhöhen und die Geschoszahl einzeln, separat zu messen. Massgebend muss danach das äussere Erscheinungsbild einer Baute sein (AGVE 1999, S. 215 f. mit Hinweis; VGE III/103 vom 9. Dezember 2002 [BE.2001.00378/BE.2002.00053], S. 17). Eine Staffelung kann etwa vorliegen bei markant unterschiedlichen Gebäudeformen, Proportionen oder versetzter Anordnung der verschiedenen Gebäudeteile (vgl. Handbuch zum Bau und Nutzungsrecht [BNR], 2. Auflage, Aarau 2003, Ziff. 4.3.1).

Als "terrassiert" gelten der Hangneigung nach erstellte Gebäudestufen von einem oder mehreren übereinanderliegenden Geschossen, wobei jede Stufe in der Regel eine selbständige Wohninheit nach dem Modell eines Einfamilienhauses bildet. Die einzelnen Gebäudestufen der Terrassenbaute liegen also senkrecht übereinander, wenn auch nur teilweise; deshalb gelten sie nicht als "senkrecht übereinander liegend". Der Raum über der unteren Stufe dient dabei der oberen Stufe als verhältnismässig geräumiger Vorplatz oder Garten, nicht bloss als überdimensionierter Balkon. Die Terrasse muss daher eine minimale Grösse im Verhältnis zum Volumen des Hauses, dem sie dient, aufweisen, um ihre Funktionen überhaupt erfüllen zu können; die Regel ist hier ein Verhältnis von Terrassenfläche zur Wohnfläche von mindestens 1:3. Senkrecht übereinander befinden sich demgegenüber Geschosse, die praktisch mit der ganzen Fläche übereinander liegen, mit Ausnahme von Vorbauten wie Treppen, Erker, Balkonen oder Gebäudevorsprüngen oder entsprechenden nebensächlichen Rückversetzungen (AGVE 2005, S. 155 mit Hinweisen; AGVE 1997, S. 330 mit Hinweisen; VGE III/55 vom 31. August 2006 [WBE.2005.289], S. 7; VGE III/152 vom 14. Dezember 2000 [BE.1999.00270], S. 10).

2.2.3.

Gestützt auf die bei den Akten liegenden Fotos des Baumodells sowie die Projektpläne ist festzustellen, dass die treppenförmige Baute visuell aus drei versetzt angeordneten, verselbständigten Gebäudeteilen bzw. -kuben besteht:

- Den untersten und westlichsten Gebäudeteil bildet der Kubus bestehend aus den beiden Wohneinheiten im Erdgeschoss und im 1. Obergeschoss (jeweils inkl. deren Kellerräumlichkeiten). Diese beiden Wohneinheiten bilden optisch eine Einheit.
- Den mittleren, zweiten Gebäudeteil bildet die Wohneinheit im 2. Obergeschoss sowie die dazugehörenden Keller- / Eingangsräumlichkeiten, welche auf der Ebene des 1. Obergeschosses liegen. Dieser Gebäudeteil liegt von der Bergseite her "┌"-förmig auf dem untersten Kubus. Gleichzeitig ist er gegenüber dem darunter liegenden Gebäudekubus als Ganzes um 1.5 m Richtung Osten versetzt.
- Der oberste, dritte Gebäudeteil besteht aus der Wohneinheit im 3. Obergeschoss (als "Attika" bezeichnet), welche auf der Ebene des 2. Obergeschosses über weitere Räumlichkeiten und auf der Ebene des 1. Obergeschosses über Kellerräume verfügt, sich mithin über drei Stockwerke erstreckt. Diese Wohneinheit bzw. dieser Gebäudeteil liegt von der Bergseite her "┐"-förmig auf dem Gebäudeteil mit der Wohneinheit des 2. Obergeschosses. Gleichzeitig ist der Gebäudeteil gegenüber dem darunter liegenden Gebäudeteil um 1.5 m Richtung Osten versetzt.

Da die treppenförmig übereinander liegenden Gebäudeteile bzw. -kuben gleichzeitig je seitlich versetzt angeordnet sind, tritt die Baute optisch als eine aus drei verselbständigten Baukörpern bestehende Baute in Erscheinung. Der unterste Gebäudekubus beherbergt die untersten zwei Wohneinheiten und die beiden treppenförmig darüber liegenden, gleichzeitig je seitlich um 1.5 m Richtung Osten versetzten Gebäudekörper bestehen je aus einer abgeschlossenen Wohneinheit. Dies zeigen die Fotos des Baumodells und die Fassadenpläne illustrativ auf. Von der äusseren Erscheinung her ist die Baute mithin gestaffelt aufgebaut (unabhängig davon, ob die treppenförmige Anordnung eine "Terrassierung" darstellt); sie be-

steht aus drei verselbständigten Gebäudeteilen bzw. -körpern, welche am Hang seitlich versetzt angeordnet sind. Aufgrund der gestaffelten Bauweise sind Gebäudehöhe, Firsthöhe und Geschosszahl für jeden Gebäudeteil einzeln zu messen (§ 12 Abs. 3 ABauV). Die Parameter sind somit bei den Koten 436.89, 438.02 und 439.40 je neu zu messen. Dabei ist festzustellen, dass der hinterste bzw. oberste Gebäudekörper bei Kote 439.40 dreigeschossig ist, was in der HW2 unzulässig ist.

32 Erschliessungsplanung; Gemeindeautonomie

- **Die verkehrstechnische Dimensionierung einer Erschliessungsstrasse steht nicht im "freien Ermessen" der Gemeinde.**
- **Bedeutung der "Sockellinie".**
- **Rechtsgrundsätze für die Interessenabwägung.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 30. Juni 2009 in Sachen A.M. gegen den Regierungsrat (WBE.2007.134).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Der Erschliessungsplan "Gatterächer" sieht u.a. den teilweisen Ausbau des südlichen Teils der (bestehenden) Haselstrasse auf eine Breite von 5 m vor. Entlang der West- und Nordseite des auszubauenden Teils soll ein 2 m breites Trottoir, abgetrennt durch einen 1 m breiten Grünstreifen und von 6 Parkplätzen, erstellt werden. Anschliessend sind Trottoir und Haselstrasse rund 83 m ungetrennt geführt und die Strasse (ohne Trottoir) geht weiter in eine Ringstrasse, welche in süd- bzw. westlicher und nördlicher Richtung wieder in die Haselstrasse einmündet und ebenfalls eine Breite von 5 m aufweisen soll. Das Trottoir wird demgegenüber als Rad- und Fusswegverbindung in die Gatterächerstrasse weitergeführt (Erschliessungsplan "Gatterächer", Situationsplan 1:500, vom Regierungsrat genehmigt am 14. März 2007).

1.2.

Die im umstrittenen Perimeter des Erschliessungsplans "Gatterächer" zu erschliessenden Parzellen sind zur Hauptsache den Wohnzonen E2 und anfangs Haselstrasse der W2 und der Dorfzone, zugewiesen. Die Haselstrasse dient auch der Erschliessung des Kindergartens in der Zone für öffentliche Bauten (Bauzonenplan vom 5. März 2002 vom Grossen Rat genehmigt [Stand 15. Februar 2005]).

2.

2.1.

Der Beschwerdeführer beanstandet die geplante Breite der Hasel- und der Ringstrasse von 5 m. Er anerkennt, dass die Breite der Ringstrasse bzw. der Haselstrasse so beschaffen sein müsse, dass die Interessen aller Verkehrsteilnehmer gewahrt seien. Mit einer Breite von 4 m für die Ring- bzw. 4,5 m für die Haselstrasse, wie dies die VSS-Normen maximal vorsähen, sei diesen Interessen genüge getan. Es bedürfe überzeugender Argumente, um von den Normen abzuweichen. Sowohl der Gemeinderat X. als auch der Regierungsrat, welcher im Übrigen auch keine Ermessensüberprüfung vorgenommen habe, hätten es unterlassen, eine umfassende Abwägung der beteiligten Interessen vorzunehmen. Im Weiteren sei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit mangelhaft Rechnung getragen worden.

2.2.

Die Gemeinde X. macht geltend, die Schätzung der Fachperson der Abteilung Verkehr des BVU, wonach höchstens 30 Wohneinheiten zu erschliessen seien, habe sich nur auf die Ring-, nicht auf die Haselstrasse bezogen. Die Haselstrasse werde im Endausbau des Gebiets offensichtlich mehr als 30 Wohneinheiten erschliessen. Die Ringstrasse weise enge Kurven und relativ kurze gerade Teilstücke auf. Ausweich- und Abstellmöglichkeiten für Lastwagen seien keine vorgesehen. Es sei unübersehbar, dass sich in Wohnquartieren – abgesehen von den kommunalen Ver- und Versorgungsfahrzeugen – mehr und mehr auch Lastwagen bewegten und abgestellt werden müssten, so z.B. Umzugs-, Zuliefer- und Servicefahrzeuge. Im Übrigen lasse die Zonenordnung auch nicht störendes Gewerbe zu. Zur Breite von 5 m führt der Gemeinderat X. aus, auf Erschlies-

sungsstrassen sei der Sicherheit der Fussgänger und Radfahrer Vorrang einzuräumen. Dies sei vorliegend umso mehr geboten, als aus Süden und Osten Fussgängerverbindungen in die Ringstrasse einmündeten. Mit zu geringen Erschliessungsstrassenbreiten habe der Gemeinderat X. schlechte Erfahrungen gemacht.

2.3.

Der Regierungsrat stützt sich in seinem Beschwerdeentscheid auf die Ausführungen der Gemeinde X. ab, wonach diese mit Strassenbreiten von 4,5 m schlechte Erfahrungen gemacht habe, den Schutzbedürfnissen der Fussgänger und Fahrradfahrer Rechnung getragen werden solle und sich in unmittelbarer Nähe des streitigen Bereichs ein Kindergarten befinde. Zudem werde der bestehende Gehweg entlang der Bahnlinie aufgehoben und durch den neuen Gehweg ersetzt, welcher insbesondere für den Kindergarten und die darin situierte Mütterberatung wichtig sei. Die Ausführungen der Gemeinde seien nachvollziehbar und in sich schlüssig. Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass 5 m breite Strassen zwar zu einer Erhöhung der Geschwindigkeit verleiten könnten, die Anordnung des Erschliessungsringes und die Kürze des vom Ausbau betroffenen Teils der Haselstrasse jedoch eine starke Erhöhung der Geschwindigkeiten verhinderten. Insgesamt sei die Erschliessungsplanung im Bereich der Haselstrasse und des Erschliessungsringes zwar als eher grosszügig einzustufen, die Gemeinde X. habe ihr Ermessen aber nicht überschritten.

3.

3.1.

Die Erschliessung hat grundsätzlich im Rahmen von Sondernutzungsplänen zu erfolgen, damit der Boden umweltschonend, landsparend und wirtschaftlich genutzt wird (§ 33 Abs. 1 BauG; siehe auch § 16 Abs. 1 Satz 1 BauG; Art. 19 Abs. 2 RPG). Der Erschliessungsplan im Besonderen bezweckt, Lage und Ausdehnung von Erschliessungsanlagen und Bahngleisen festzulegen und das hierzu erforderliche Land auszuscheiden. Erschliessungspläne können Bau-, Strassen-, Niveau- und Leitungslinien sowie Sichtzonen enthalten (§ 17 Abs. 1 und 2 BauG). Sodann können Erschliessungspläne mit der Erschliessung zusammenhängende Anordnungen ent-

halten, insbesondere über die Erstellung von Fuss- und Radwegverbindungen, über die Gestaltung und Bepflanzung des Strassenraumes und der Abstellplätze, über Lärmschutzmassnahmen sowie über Ver- und Entsorgungseinrichtungen (§ 1 ABauV i.V.m. § 17 Abs. 4 BauG). Mit der Genehmigung von Erschliessungs- und Gestaltungsplänen ist das Enteignungsrecht für die darin mit genügender Bestimmtheit festgelegten, im öffentlichen Interesse liegenden Werke erteilt (§ 132 Abs. 1 BauG).

3.2.

Land ist erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht (Art. 19 Abs. 1 RPG; § 32 Abs. 1 lit. b BauG). Das Erfordernis der genügenden strassenmässigen Erschliessung (Art. 19 Abs. 1 RPG; § 32 Abs. 1 lit. b BauG) soll den Anschluss der Bauten an das öffentliche Strassennetz unter verkehrs-, feuer-, sicherheits- und gesundheitspolizeilichen sowie raumplanerischen Gesichtspunkten sicherstellen (AGVE 1999, S. 202 mit Hinweisen). Richtschnur für die Beurteilung, ob eine Erschliessung als genügend zu beurteilen ist, bildet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV; § 2 Satz 2 KV; § 3 Abs. 1 aVRPG, wobei die Erschliessungsanforderungen je nach Nutzungszone unterschiedlich sein können (Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Auflage, Bern 2008, S. 269 f.). Einerseits bestimmt sich die Erschliessung nach der beanspruchten Grundstücksnutzung, andererseits nach den massgeblichen Umständen des Einzelfalls (BGE 116 Ib 159 Erw. 6b; Walter Haller / Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1999, Rz. 575).

3.3.

Eine Erschliessung hat im Weiteren das in § 33 Abs. 1 Satz 2 BauG festgehaltene Gebot zu beachten, wonach der Boden umweltschonend, landsparend und wirtschaftlich zu nutzen ist. Im gleichen Sinne hält § 92 Abs. 1 Satz 1 BauG fest, dass Strassen möglichst flächensparend zu erstellen, zu ändern und zu erneuern sind.

4.

4.1.

Der Massstab für die Anforderungen an die strassenmässige Erschliessung bestimmt sich im Rahmen der jeweiligen Verkehrsverhältnisse und des Standes der Strassenbautechnik nach den VSS-Normen (AGVE 2005, S. 203 ff. mit Hinweisen, siehe auch § 92 Abs. 4 BauG i.V.m. § 44a Abs. 1 ABauV). Die VSS-Normen sind jedoch nicht völlig schematisch und stur zu übernehmen; deren Anwendung muss im Einzelfall vor den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, standhalten. Das Erfordernis Land sparender und wirtschaftlicher Lösungen lässt Ausnahmen zu (Entscheid des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2004 [1P.40/2004], Erw. 3.2.1; AGVE 2005, S. 204; AGVE 1990, S. 251). Da es vorliegend um die Erschliessung eines Wohnquartiers geht, ist mit der Vorinstanz auf die VSS-Norm 640'045 "Strassentyp Erschliessungsstrasse" abzustellen (lit. A Ziffer 4). Diese unterscheidet zwischen den Typen Quartierserschliessungsstrasse, Zufahrtsstrasse und Zufahrtsweg. Die Zufahrtsstrasse ist zur Erschliessung von Siedlungsgebieten in der Grösse bis zu 150 Wohneinheiten oder bei Verkehrsaufkommen gleichwertiger Quellen anzuwenden (lit. C Ziffer 8 Abs. 2); er weist einen oder zwei Fahrstreifen auf, ist in der Regel nicht durchgehend befahrbar, basiert bezüglich Wegbreite auf dem Grundbegegnungsfall Personenwagen/Personenwagen und kann einen durchschnittlichen stündlichen Verkehr von 100 Fahrzeugen verkraften (Tabelle 1). Der Typ Zufahrtsweg ist zur Erschliessung von Siedlungsgebieten in der Grösse bis zu 30 Wohneinheiten anzuwenden (lit. C Ziffer 8 Abs. 5); er weist einen Fahrstreifen auf, ist nicht durchgehend befahrbar, basiert bezüglich der Wegbreite auf dem Grundbegegnungsfall Personenwagen/Fahrrad und kann einen durchschnittlichen stündlichen Verkehr von 50 Fahrzeugen verkraften (Tabelle 1; AGVE 1999, S. 206 f.).

4.2.

Der Ausbau der Haselstrasse mit der geplanten Ringstrasse dient der Erschliessung der Parzellen in der östlichen Hälfte des Erschliessungsperimeters. Anlässlich der Augenscheinsverhandlung vor der Vorinstanz führte die Fachperson des BVU, Abteilung Verkehr,

aus, bei der Ringstrasse handle es sich um eine Erschliessungsstrasse. Da nicht mehr als 30 Wohneinheiten erschlossen seien, genüge ein Zufahrtsweg mit einer Breite von 3 bis 3,5 m. Laut der Richtlinie müsse aber bei einem Begegnungsfall Personenwagen/Personenwagen (PW/PW) das angrenzende Land, d.h. Land eines Privaten, beansprucht werden. Dies sei nicht erwünscht, weshalb von der nächst höheren Strassenkategorie mit 4 bis 4,5 m auszugehen sei. In der Gemeinde X. sei zudem eine Strassenbreite von 4,5 m üblich. Die vorgesehene Breite von 5 m sei ein Grenzfall. Auch der von der Gemeinde X. beauftragte Planer führte aus, östlich der Haselstrasse sei mit etwa 15 zusätzlichen Wohneinheiten zu rechnen, wobei eher nicht mit über 30 Wohneinheiten zu rechnen sei. Der Beschwerdeführer räumt ein, dass die Zufahrt Haselstrasse und die Ringstrasse die Interessen aller Verkehrsteilnehmer zu berücksichtigen habe, sieht aber diese Interessen mit einer Breite von 4 m (Ringstrasse) bzw. 4,5 m (Zufahrt Haselstrasse), wie dies die VSS-Normen maximal vorsehen, als ausreichend gewahrt.

4.3.

4.3.1.

Die Verfahrensbeteiligten sind sich mit dem Sachverständigen dahingehend einig, dass im vorliegenden Fall vom Grundbegegnungsfall PW/PW auszugehen ist. Das Verwaltungsgericht hat keine Veranlassung von dieser Beurteilung abzuweichen.

Die Hasel-, mit der Ringstrasse, ist rund 350 m lang und erschliesst Wohneinheiten in der Wohnzone E2, welche für den Bau von alleinstehenden Ein-, Zwei- und Doppeleinfamilienhäusern bestimmt ist und in der auch nichtstörende Betriebe zulässig sind (§ 11 der Bau- und Nutzungsordnung der Gemeinde X. vom 26. Oktober/12. Dezember 2000, genehmigt durch den Grosse Rat am 5. März 2002 [BNO]). Der auszubauende Teil der Haselstrasse dient zudem der Erschliessung von Parzellen in der Dorfzone (D) und der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (ÖB), auf der sich der Kindergarten befindet. Die Dorfzone ist für Wohnbauten, Kleingewerbe, Dienstleistungsbetriebe, Landwirtschaft und öffentliche Dienste bestimmt. Mässig störende Betriebe werden unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse zugelassen (§ 9 Abs. 2 und 3 BNO). Aus den

Nutzungsbestimmungen der BNO lässt sich nicht zwingend ein Grundbegegnungsfall Lastwagen/Personenwagen (LW/ PW) annehmen, zumal nur kleinere Gewerbe- bzw. Dienstleistungsbetriebe zugelassen sind. Es ist daher höchstens mit gelegentlichem Lieferwagenverkehr zu rechnen und Lastwagenverkehr ist allenfalls im Zusammenhang mit der Kehrtafelfahrt oder einem Umzugstransport zu erwarten. Diese seltenen Liefer- oder Lastwagenfahrten können keinen Grundbegegnungsfall LW/PW begründen, auch wenn berücksichtigt wird, dass grosse Fahrzeuge nach der Einfahrt in die Haselstrasse mangels Wendemöglichkeit über die Ringstrasse ausfahren müssen. Im Gebiet "Gatterächer" ist auf sämtlichen Erschliessungsstrassen, d.h. u.a. auch auf der Hasel- und der Ringstrasse, ein Geschwindigkeitslimit von 30 km/h geplant.

Zusammenfassend ist sowohl für den auszubauenden Teil der Haselstrasse als auch für die Ringstrasse vom Grundbegegnungsfall PW/PW auszugehen. Eine Erschliessungsstrasse, welche im überbauten bzw. überbaubaren Abschnitt eine Länge von über 300 m, enge Kurven mit kurzen geraden Abschnitten aufweist, muss gewährleisten, dass sich zwei PW gefahrlos kreuzen können.

Das Verwaltungsgericht berechnete gestützt auf die VSS-Norm 640'201 in AGVE 1999, S. 208 für den Grundbegegnungsfall von zwei Personenwagen 4,40 m als Mindestbreite, wobei es zum Schluss kam, dass auch 4 m genügen würden, sofern die Seitenfreiheit gewährleistet sei bzw. der Fahrbahnrand ausgefahren werden könne. Eine unter diesem Mindestmass liegende Breite hielt es in der Regel für nicht verantwortbar. An dieser Rechtsprechung hat das Verwaltungsgericht auch in neueren Entscheiden festgehalten (AGVE 2005, S. 203 ff.; VGE III/65 vom 21. August 2002 [WBE.2001.389]). Üblich ist für diesen Grundbegegnungsfall eine Strassenbreite von 4,5 m, die auch vom BVU empfohlen wird. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers und der Gemeinde X. besteht, soweit es um die verkehrstechnische Dimensionierung einer Erschliessungsstrasse nach den VSS-Normen geht, kein "freies" Ermessen der Gemeinde. Abweichungen von den verkehrstechnisch erforderlichen Strassenbreiten erfordern vielmehr eine sachliche Be-

gründung und die Abwägung der involvierten Interessen (AGVE 2005, S. 203 f.; siehe auch AGVE 1990, S. 251).

4.3.2.

Nach § 111 Abs. 1 lit. c BauG haben Einfriedungen bis 80 cm Höhe gegenüber Gemeindestrassen einen Abstand von 60 cm einzuhalten. Für Einfriedungen von mehr als 80 cm bis zur Höhe von 180 cm und einzelne Bäume beträgt der Abstand vom Strassenmark gegenüber Gemeindestrassen ebenfalls 60 cm (§ 111 Abs. 1 lit. d BauG). Diese gesetzlichen Abstandsvorschriften haben zur Folge, dass gegenüber der Strasse eine Seitenfreiheit von je 60 cm besteht und eine Mindestbreite der befahrbaren und mit Belag versehenen Verkehrsfläche von 4 m ausreichen würde. Die Strassenabstände können gemäss § 111 Abs. 2 BauG u.a. durch Nutzungspläne erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben werden.

Nach dem Erschliessungsplan sind die Strassenlinien gleichzeitig sogenannte Sockellinien (Legende zum Erschliessungsplan "Gatterächer", Situationsplan 1:500, vom Regierungsrat genehmigt am 14. März 2007). Der Begriff "Sockellinie" ist allerdings weder in der ABauV, noch in den kommunalen Bauvorschriften näher definiert. Zum Genehmigungsinhalt des Erschliessungsplanes "Gatterächer" gehören nebst den Strassen- und Sockellinien auch Baulinien gemäss § 111 Abs. 1 lit. a BauG (vgl. Erschliessungsplan). Diese Baulinien setzen ausdrücklich den Abstand für Bauten gegenüber der Hasel- und Ringstrasse fest und folgen teilweise den bisherigen Baulinien im aufgehobenen Überbauungsplan "Zelgli/Gatter-Äcker" oder wurden zum Teil neu im Abstand von drei bis vier Metern von der Strassenlinie festgelegt. Die Sockellinien in der Sondernutzungsplanung "Gatterächer" haben daher nur die Herabsetzung der Abstandsvorschriften für Einfriedungen und einzelne Bäumen gemäss §§ 111 Abs. 1 lit. c und d BauG zum Inhalt, mit dem Ergebnis, dass Einfriedungen und einzelne Bäume gegenüber dem befahrbaren und mit Belag versehenen Strassenraum von 5 m keinen (zusätzlichen) Abstand einzuhalten haben. Diese Sockellinien sind somit besondere Baulinien für Einfriedungen und Bäume. Die Möglichkeit neben den klassischen Baulinien, welche den Mindestabstand bezeichnen, "weitere" Baulinien vorzuschreiben, ist im Baugesetz vor-

gesehen (§ 18 Abs. 2 BauG) und solche Baulinien können Bestandteil einer Sondernutzungsplanung sein (§ 17 Abs. 2 und § 111 Abs. 2 BauG). Die Sicherstellung des Strassenraumes mit zusammenfallenden Strassen- und Sockellinien für Einfriedungen und Bäume im angefochtenen Erschliessungsplan bedeutet, dass im Perimeter des Erschliessungsplanes "Gatterächer" Einfriedungen und einzelne Bäume an die Strassenlinie gebaut bzw. gepflanzt werden dürfen und die Einhaltung von Abständen gemäss § 111 Abs. 1 lit. c und d BauG die Änderung des Erschliessungsplanes erfordert. Nachdem für Einfriedungen und einzelne Bäume die gesetzlichen Abstände von 60 cm gegenüber dem Strassenmark der projektierten Hasel- und Ringstrasse nicht eingehalten werden muss, ist - mangels Seitenfreiheit - verkehrstechnisch eine Strassenbreite von mindestens 4,5 m erforderlich.

4.4.

4.4.1.

Als Begründung für die Strassenbreite von 5 m führt die Gemeinde X. an, dem Gebot flächensparender Erschliessung gemäss § 92 Abs. 1 BauG stehe die Anweisung des Abs. 2 gegenüber, wonach auf Erschliessungsstrassen der Sicherheit der Fussgänger und Radfahrer Vorrang einzuräumen sei. Der Gemeinderat gewichte im Zweifelsfall Letzteres höher. Dies sei im vorliegenden Fall umso mehr geboten, als in die Ringstrasse aus Richtung Süden und Osten auch Fussgängerverbindungen einmündeten. Sodann führt die Gemeinde an, die ausgeschiedene Ringstrasse weise enge Kurven und relativ kurze gerade Teilstücke auf. Ausweich- und Abstellmöglichkeiten für Lastwagen seien keine vorgesehen. Es sei unübersehbar, dass sich in Wohnquartieren mehr und mehr auch Lastwagen bewegen und abgestellt werden müssten.

4.4.2.

Eine Erschliessungsstrasse hat grundsätzlich eine Vielzahl von Anforderungen zu erfüllen. So muss sie die örtlichen Verhältnisse berücksichtigen und die Verkehrssicherheit aller Benutzer (Fussgänger, Radfahrer, Personenwagen, öffentliche Dienste wie Sanität, Feuerwehr, Kehrtafelfuhr) gewährleisten (Haller / Karlen, a.a.O., Rz. 577). Des Weiteren sind die Anforderungen des Natur- und Hei-

matschutzes, des Umweltschutzes sowie weitere wichtige Anforderungen der Raumplanung, insbesondere die haushälterische Bodennutzung, zu berücksichtigen (Art. 1 und 3 RPG; Art. 11 und 25 USG). Die genannten Erfordernisse können im Einzelfall miteinander kollidieren. Da keinem von ihnen ein absoluter Vorrang zukommt, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Unter verschiedenen möglichen Varianten ist jene zu wählen, welche unter Berücksichtigung aller Umstände den Verhältnissen am Besten angepasst ist. Dabei kommt den Gemeinden ein grosser Ermessensspielraum zu (Art. 2 Abs. 3 RPG; zum Ganzen: BGE vom 6. Mai 1993 [1P.115/1992], in: ZBl, S. 91; VGE IV/32 vom 1. September 2005 [WBE.2003.347], S. 15 f.). Das heisst allerdings nicht, dass beliebige Anforderungen gestellt werden dürfen, die Planungsbehörde ist an Gesetz und Recht gebunden (§ 2 Abs. 1 aVRPG). Auch dort, wo eine Norm der rechtsanwendenden Behörde Ermessen einräumt, besteht eine Bindung der Ermessensbetätigung an das Gesetz und die Verfassung (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 441; AGVE 2005, S. 152; AGVE 2003, S. 190 mit Hinweis). Trotz ihrer durch die Kantonsverfassung begründeten autonomen Stellung müssen die Gemeinden die Nutzungsplanung in ihrem Gemeindegebiet daher nach den bundesrechtlichen Grundsätzen und Zielen sowie den kantonalen Vorgaben der Raumplanung ausrichten. Die auch durch Art. 2 Abs. 3 RPG normierte Zurückhaltung verlangt von den Genehmigungs- und Rechtmittelinstanzen nicht, bei Planungsentscheidungen der Gemeinden erst einzuschreiten, wenn sich diese als unsachlich oder unhaltbar erweisen. Korrekturen sind vielmehr schon dann möglich, wenn sich die gemeindeseitig getroffene Lösung auf Grund überkommunaler Interessen als unzweckmässig erweist oder wenn sie den begleitenden Grundsätzen und Zielen der Raumplanung nicht entspricht oder diesen unzureichend Rechnung trägt (Waldmann Bernhard / Hänni Peter, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Art. 33 N 64 f. mit Hinweisen; BGE 127 II 238 Erw. 3.b.aa; BGE 119 Ia 321 Erw. 5.a). Auch die Genehmigungsbehörde hat die Nutzungsplanung der Gemeinde vollumfänglich, aber differenzierend nach Massgabe der Rolle, die sie im betreffenden Sachzusam-

menhang sachlich und institutionell erfüllt, zu prüfen. Die Überprüfung hat sich dabei in dem Umfang zurückzuhalten, als es um rein lokale Anliegen und örtlich spezifische Interessen geht und weder überörtliche Interessen noch überwiegende Rechtsschutzanliegen berührt sind (AGVE 1994, S. 369 f.).

Im Rechtsschutzverfahren schreibt § 26 BauG eine vollumfängliche Überprüfung des Planungsentscheides der Gemeinde einschliesslich der Ermessenskontrolle vor (Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG; § 26 i.V.m. § 4 Abs. 1 BauG und § 49 aVRPG). Auch die Beschwerdeinstanz ist indessen und insbesondere bei der Beurteilung von kommunalen Interessen zur Zurückhaltung verpflichtet, was bedeutet, dass der Gemeinde ihre Gestaltungsfreiheit in der Planung auch im Rechtsmittelverfahren zu belassen ist (Art. 2 Abs. 3 RPG; BGE 121 I 117 Erw. 4.c; BGE 116 Ia 221 Erw. 2; Pierre Tschannen, in: Heinz Aemissegger / Alfred Kuttler / Pierre Moor / Alexander Ruch [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999 [im Folgenden: Kommentar RPG], Art. 2 N 60 f.). Die Gestaltungsfreiheit konkretisiert sich daher bei der Wahl unter mehreren zur Verfügung stehenden angemessenen Vorkehren und soll grundsätzlich der Gemeinde als nachgeordnete Behörde überlassen bleiben (Art. 2 Abs. 3 RPG). Der Regierungsrat als übergeordnete Behörde darf im Beschwerdeverfahren auch eine unangemessene Lösung der Gemeinde nicht aus ihrem eigenen Ermessen ersetzen, solange sachliche Gründe für den Entscheid der Planungsbehörde vorliegen (Tschannen, a.a.O., Art. 2 N 64; AGVE 1996, S. 307; AGVE 2002, S. 286; VGE IV/67 vom 13. November 2001 [BE.1996.284], S. 15; VGE IV/52 vom 11. Dezember 2002 [WBE.2000.271], S. 33 f.).

Entsprechend kann der Planungsentscheid der Gemeinde X. auf Erweiterung der Strassenbreite um 50 cm nicht bereits unter Verweis auf ihre verfassungsrechtlich garantierte Entscheidungsfreiheit sanktioniert werden. Vielmehr müssen sich sowohl Genehmigungsbehörde wie auch Beschwerdeinstanz auf der Grundlage der bundes- und kantonrechtlichen Planungs- und Erschliessungsgrundsätze mit dem Sondernutzungsplan auseinandersetzen und entsprechend ihren

Funktionen das kommunale Planungsermessens zwar beachten, aber die Rechtmässigkeit der Ermessensbetätigung prüfen.

4.4.3.

Zum Vornherein wenig überzeugend ist das Argument der Gemeinde, der Erschliessungsplan lege die Maximaldimensionierung fest und schaffe einen Planungsspielraum. Zwar trifft es zu, dass über die definitive Strassenbreite erst anhand der konkreten Überbauung und Nutzung definitiv entschieden wird. Der Erschliessungsplan mit den Strassen- und Baulinien verschafft der Gemeinde das Enteignungsrecht (§ 132 Abs. 1 BauG) und hat u.a. den Zweck die Ausdehnung von Strassen festzulegen und das hierzu erforderliche Land auszuscheiden (§ 17 Abs. 1 BauG). Mit dem Eingriff in das Eigentum nicht vereinbar ist daher die Ausscheidung von Land zur Schaffung eines Planungsspielraums.

Die Gemeinde führt zur Begründung der Erweiterung der Strassenbreite ihre (schlechten) Erfahrungen in anderen Quartieren mit Strassenbreiten unter 5 m an. Insbesondere für die Ringstrasse (Schlaufe) wird sodann auf das fehlende Trottoir hingewiesen. Ergänzend wird angeführt, mit den Fahrbahnbreiten sollen auch die Voraussetzungen für Strassen als "Begegnungszonen" geschaffen werden. Betont wird weiter das Schutzbedürfnis der Fussgänger und Radfahrer, insbesondere zur Erschliessung des Kindergartens und der darin situierten Mütterberatung.

4.4.4.

Das Gebiet "Gatterächer" liegt zentral im Siedlungsgebiet der Gemeinde X.. Die Haselstrasse dient in nordsüdlicher Richtung als zentrale Fuss- und Radwegachse für die Schüler aus dem Gebiet "Flüh" und "Zelgli" zu den Schulhäusern "Ländli". Die mit 5 m vorgesehene Strassenbreite für die Haselstrasse und dem zusätzlichen Trottoir dient auch der Erschliessung des Kindergartens, dabei ist dem erhöhten Schutzbedürfnis der Kinder Rechnung zu tragen. Das Trottoir wurde in der Breite auf 2 m reduziert, weshalb der Fahrradverkehr auf die Strasse verwiesen wird. Geplant sind auch in Ost-Westrichtung durchgehende Fuss- und Radwege zur Verbindung der östlich an den Perimeter angrenzenden Wohngebiete mit dem Zentrum an der Kantonsstrasse. Diese Argumente sind nachvollzieh-

bar. Zunächst stellt das Gesetz selber den Grundsatz auf, dass auf Strassen, die vorwiegend der Erschliessung dienen, die verschiedenen Verkehrsteilnehmer grundsätzlich gemischt werden (§ 92 Abs. 2 Satz 1 BauG). Der Sicherheit der Fussgänger und Radfahrer ist zudem Vorrang einzuräumen (§ 92 Abs. 2 BauG). Im Weiteren erscheint die Annahme, dass mit der Aufhebung des Gehwegs entlang der Bahnlinie, der Fuss- und Fahrradverkehr von den östlichen Wohngebieten vermehrt von der neuen Erschliessung aufgenommen werden muss, nicht abwegig. In zentral gelegenen Wohngebieten besteht auch an der Schaffung von "Begegnungszonen" im Interesse der Kinder ein legitimes Interesse. Das Argument der erhöhten Sicherheitsanforderungen der Fussgänger und Radfahrer, rechtfertigt daher die Verbreiterung um 50 cm, auch soweit es um die Ringstrasse geht. Zusätzlich zu berücksichtigen sind hier die Fusswegverbindung, die von der Strasse "Am Bach" in die Ringstrasse führt und auch der Nord-Süd-Verbindung dient, sowie die engen Kurven. Auch wenn die schlechten Erfahrungen der Gemeinde X. im Einsprache- und den Rechtsmittelverfahren nicht substantiiert wurden, bestehen hinreichend sachliche Argumente für eine Verbreiterung um 0,5 m. Der Beschwerdeführer wendet zwar mit Recht ein, dass auch das Interesse an einem Landflächen sparenden und wirtschaftlichen Strassenbau ein gewichtiges öffentliches Interesse darstellt (§ 92 Abs. 1 BauG). Es ist aber nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde X. die Sicherheitsaspekte und die Siedlungsgestaltung im Vergleich zu den in Frage stehenden rund 175 m² höher gewichtet. Sie folgt damit bei der Interessenabwägung den Zielvorstellungen des Gesetzgebers (siehe vorne Erw. 4.4.2) und entscheidet mit haltbaren Gründen, wenn sie dem Sicherheitsbedürfnis der Radfahrer und Fussgänger, insbesondere den Kindern, ein relativ starkes Gewicht beimisst. Eine solche Entscheidung muss der Gemeinde X. in Folge ihrer Sachnähe, Ortskenntnis, und auch der Gemeindeautonomie zugebilligt werden. Sind solche lokalen Aspekte von Bedeutung, hat sich die Planprüfung im Beschwerdeverfahren auf die Frage zu beschränken, ob eine angemessene Lösung getroffen wurde (Heinz Aemissegger / Stephan Haag, in: Kommentar RPG, Art. 33 N 61 f.).

4.4.5.

In der Interessenabwägung sind auch die privaten Interessen des Beschwerdeführers und der betroffenen Grundeigentümer einzubeziehen. Hinsichtlich des Schopfes auf Parzelle Nr. Y. ist festzuhalten, dass dieser selbst bei einer Strassenbreite von 4,5 m und einer Reduktion der Breite auf dieser Seite der Ringstrasse dem Erschliessungsvorhaben weichen muss. Gewichtiger erscheint das Interesse des Beschwerdeführers, soweit die Parzelle Nr. Y. direkt enteignungsrechtlich tangiert wird. Die zusätzliche Breite von 50 cm beansprucht eine zusätzliche Fläche von ca. 42 m² dieses Grundstücks bzw. insgesamt von rund 175 m². Das Interesse des Beschwerdeführers und der übrigen Grundeigentümer ist damit nicht als derart erheblich einzustufen, dass die Gemeinde X. mit der vorgenommenen Interessenabwägung ihr Ermessen überschritten hat.

33 Überbautes Gebiet; Enteignung; Zuweisung zum Baugebiet

- **Baulücke, weitgehend überbautes Gebiet**
- **Siedlungszusammenhang im ländlichen Raum**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 19. Januar 2009 in Sachen W.M. gegen Schätzungskommission (WBE.2008.103).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Im neuen Zonenplan wurde die Parzelle Nr. Z. mit rund 1,3 ha der Zone W3, 2. Etappe, und teilweise der Uferschutzzone sowie mit ca. 0,3 ha der OE zugewiesen. Eine Fläche von rund 0,09 ha in der Uferschutzzone wurde im Jahre 2003 an den Kanton abgetreten. Die verbleibenden Flächen im Baugebiet unterliegen besonderen Sondernutzungsplanpflichten gemäss § 16 Abs. 2 und 3 BNO betreffend Erschliessung und gemäss § 21 Abs. 2 BNO betreffend Gestaltungsplan. Die "Bleiwiese" ist unüberbaut und grenzt im Osten und Norden unmittelbar an Parzellen, die in der W3 oder in der Dorfzone

(DZ) liegen. Im weiteren Umkreis befinden sich überbaute Grundstücke in der Wohnzone 2 (W2), in der Ein- und Zweifamilienhauszone (E2) sowie in der OE. Nach Westen grenzt die Parzelle an die Surb und die Surbtalstrasse. Entlang der Surb wird die Bauzonengrenze durch die Uferschutzzone bestimmt. Jenseits der Surb bzw. der Surbtalstrasse befinden sich weitere Parzellen der Gewerbezone, der Wohn- und Gewerbezone (WG), der W2 und der DZ. Die genannten Parzellen in der (näheren und weiteren) Umgebung der "Bleiwiese" sind mehrheitlich überbaut, wobei entlang der Surbtalstrasse eine Bautiefe in der Zone W2 lärmvorbelastet und nicht überbaut ist. Die Parzelle des Beschwerdeführers grenzt lediglich an ihrer nordwestlichen Ecke an einen schmalen Streifen Landwirtschaftsland. Die Parzelle ist nahe dem Dorfzentrum und wird heute noch landwirtschaftlich genutzt.

Die Zuweisung zum Baugebiet im Rahmen der Nutzungsplanung 1994/96 führt nicht gleichsam "automatisch" dazu, dass in enteignungsrechtlicher Hinsicht von einem Einzonungsgebot auszugehen ist. Vielmehr ist aus der Retrospektive zu beurteilen, ob eine Einzonung am massgebenden Stichtag (5. März 1996) nach den Bestimmungen des RPG zu erwarten war (BGE 132 II 218 Erw. 2.3.1).

3.2.

Von einem Einzonungsgebot, das eine Entschädigungspflicht auslöst, ist u.a. dann auszugehen, wenn sich das fragliche Grundstück im weitgehend überbauten Gebiet befindet. Der bundesrechtliche Begriff des weitgehend überbauten Gebiets im Sinne von Art. 15 lit. a RPG bezeichnet im Wesentlichen den geschlossenen Siedlungsbereich mit eigentlichen Baulücken (...; vgl. dazu BGE 1C_111/2009 Erw. 3.1 - 5 [auszugsweise unten abgedruckt] und BGE 132 II 218 Erw. 4 mit zahlreichen Hinweisen; BGE 122 II 455 Erw. 6.a; AGVE 2003, S. 235 f.; AGVE 2003, S. 235 f.)

3.3.

Die Siedlungsqualität einer unüberbauten Fläche wird von der sie umgebenden Überbauung umso weniger beeinflusst, je grösser sie ist. Bei der quantitativen Betrachtungsweise sind sodann städtische und ländliche Verhältnisse zu unterscheiden (Alexandre Flückiger, in: Heinz Aemisegger / Alfred Kuttler / Pierre Moor /

Alexander Ruch [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung [RPG-Kommentar], Zürich 1999, Art. 15 N 63 FN 108). In ländlichen Verhältnissen – die Gemeinde X. ist eine Gemeinde im ländlichen Raum (vgl. Richtplangentext 1996, Kapitel S 1.1 Beschluss 1.1) – hat das Verwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung in Bezug auf eine auf drei Seiten von Bauzonen umgebene Fläche von ca. 1,2 ha das Vorliegen einer Baulücke unter anderem mit dem Hinweis auf die Grösse und die fehlende Prägung durch die umliegenden Bauten verneint (VGE IV/33 vom 5. Juli 2000 [BE.1998.00072], S. 9 f.). Den Baulückencharakter ebenfalls abgesprochen hat das Verwaltungsgericht sodann Flächen von rund 0,8 ha (VGE IV/17 vom 22. Juni 1998 [BE.1996.00336], S. 8 f.), 1,5 ha (VGE IV/18 vom 22. Juni 1998 [BE.1996.00327], S. 9 f.), ca. 2,5 ha (VGE III/49 vom 30. Juni 1997 [BE.1995.00021], S. 9 f.) oder 2,7 ha (VGE IV/63 vom 24. November 2000 [BE.1997.00100], S. 10 f.) sowie 2,2 ha (VGE IV/48 vom 24. August 2001 [BE.1999.00157], S. 11 ff.; siehe hiezu BGE vom 22. Januar 2002 [1P.692/2001], Erw. 3, in: ZBl 2003, S. 651 ff.). In einer Agglomerationsgemeinde wurde eine Baulücke für eine Grundstücksfläche von 0,9 ha bejaht, weil die umliegenden Gebäude und die Erschliessungsanlagen der strittigen Fläche einen eigenständigen Charakter nahmen (AGVE 2003, S. 235 ff.). Das Bundesgericht scheint in seiner neueren Rechtsprechung die im erwähnten BGE vom 22. Januar 2002 als Richtschnur angeführte (Maximal-) Grösse für eine Baulücke von 1 ha (siehe Erw. 3.4.1 des genannten BGE) zu relativieren (BGE 132 II 218 Erw. 4.2.5; BGE vom 24. November 2006 [1A.126/2006], Erw. 4; BGE vom 4. November 2003 [1A.72/2003], Erw. 4.1.1; vgl. hiezu die Kritik von Rudolf Kappeler, Die bundesgerichtliche Entschädigungspraxis bei materieller Enteignung infolge Bauverbotszonen, Zürich / St. Gallen 2007, Rz. 106 f.).

Allein die Grösse des Grundstücks von 1,66 ha spricht vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung gegen die Annahme einer Baulücke, weshalb das Verwaltungsgericht die vorinstanzliche Feststellung einer Baulücke nicht teilen kann. Die "Bleiwiese" ist eher eine "grössere unüberbaute Fläche im Siedlungsgebiet"

(BGE vom 24. August 2004 [1A.21/2004], Erw. 3.7.1; BGE vom 4. November 2003 [1A.72/2003], Erw. 4.1.1).

Der Siedlungszusammenhang und der Siedlungscharakter sprechen nicht zwingend für eine Zuweisung zum Baugebiet. Das Siedlungsgebiet der Gemeinde X. konzentriert sich um die zwei (historischen) Dorfkerne, Ober- und Unter-Gemeinde X.. Nebst der peripher gelegenen Wohnzone E im Gebiet "Steigächer" und der Gewerbezone "Unterwiese" sowie den Weilern ("Degernmoos", "Vogelsang", "Himmelrich", "Husen") hat sich das Siedlungsgebiet, wie dies bei Strassendörfern im Aargau typisch ist, zwischen den beiden Dorfzentren und entlang der Kantonsstrasse (Surbtalstrasse) ausgelehnt. Jenseits der Surbtalstrasse ist das (lärmvorbelastete) Gebiet nicht überbaut. Die Surb und die Surbtalstrasse trennen das Siedlungsgebiet zwischen Ober- und Unter-Gemeinde X.. Diese Trennungsfunktion, welche auch mit der Uferschutzzone Eingang in die Planung gefunden hat, hat auch für das Gebiet "Bleiwiese" eine landschaftsfunktionale Prägung. Die isolierte, inselartige Gewerbezone ist relativ klein, und seine Bauten prägen die "Bleiwiese" nicht. Eine relevante Prägung vermag auch der Gärtnereibetrieb als Einzelbaute im Norden nicht zu vermitteln. Gleiches gilt für die eher lockere Überbauung im nach Osten und Norden angrenzenden Baugebiet. Die Dorfzone wiederum ist kompakt und beschränkt auf den eigentlichen Dorfkern von Ober-Gemeinde X.. Die "Bleiwiese" präsentiert sich nicht als isolierte Insel im Siedlungsgebiet, und der Nähe zum Dorfzentrum von Ober-Gemeinde X. kommt angesichts der ländlichen Siedlungsstruktur keine entscheidende Bedeutung zu (siehe hiezu BGE vom 11. November 1997 [1A.200/1997], Erw. 4.c, in: ZBl 1999, S. 38). In der Praxisarbeit des Gemeindeschreibers, die vom Gemeinderat den Grundeigentümern als gute Grundlage für eine künftige Erschliessung im Gebiet "Bleiwiese" zugestellt wurde, wird auf die Bedeutung von Grünflächen und Parkanlagen innerhalb des Siedlungsgebiets hingewiesen. Sodann verlangen auch die Gestaltungsplanvorschriften für die "Bleiwiese" in § 21 Abs. 2 BNO zusammengefasste Freiräume und deren sorgfältige Gestaltung. Es kann jedenfalls nicht gesagt werden, dass die "Bleiwiese" von der sie umgebenden Überbauung vor allem mit Einfamilienhäusern in einer

Weise geprägt würde, dass nur eine Zuweisung zu einer Bauzone in Betracht käme. Für eine eigenständige gestalterische Funktion sprechen – nebst der Uferschutzzone – die planerischen Entwicklungsvorstellungen der Gemeinde X.. Die Etappierung der Bauzone erfolgte zur Koordination der Siedlungsentwicklung und zur Sicherung des Handlungsspielraums für eine künftige kontinuierliche bauliche Entwicklung, und die Gestaltungsplanvorschriften sind in der Bedeutung der "Bleiwiese" für die Gemeinde begründet. Nach der Zuweisung einer grösseren Fläche der "Bleiwiese" in die W3 steht für die "zusammengefassten" Freiräume nach den Gestaltungsplanvorschriften bzw. die Grünflächen oder Parkanlagen insbesondere die Teilfläche in der OE im Vordergrund, so dass mit Bezug auf diese Teilfläche auch eine landschafts- bzw. siedlungsgestalterische Funktion gegen die zwingende Zuweisung zum Baugebiet spricht (siehe BGE 116 Ia 335 Erw. 4; BGE vom 22. Januar 2002 [1P.692/2001], Erw. 3.4.1, in: ZBl 2003, S. 652). Die Erschliessung ist auf das Ende der Planungsperiode vorgesehen, und die "Bleiwiese" wird als langfristige Baulandreserve behandelt. Angesichts des Reservecharakters wäre damit auch eine Zuweisung zu einer Übergangszone gemäss § 170 Abs. 2 BauG planungsrechtlich nicht zu beanstanden (siehe hiezu VGE IV/48 vom 24. August 2001 [BE.1999.00157], S. 8 ff.).

4.

4.1.

Die Vorinstanz hat festgehalten, der "Bleiwiese" fehle es an einer genügenden verkehrsmässigen Erschliessung. Die Weidstrasse, die an das Grundstück des Beschwerdeführers heranführe, entspreche mit rund 3,5 m Breite und einer blossen Oberflächenteerung den Vorgaben der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS) nicht. Zudem sei die Wasserversorgung nicht gesichert. Der nächstgelegene Hydrant stehe auf Parzelle Nr. Z.. Sodann gebe es eine Wasserleitung in der Bodenstrasse, an die aber nur unter Inanspruchnahme eines Durchleitungsrechts über eines der Nachbargrundstücke angeschlossen werden könnte. Auch für die abwässer-mässige Erschliessung müsste privates Land in Anspruch genommen werden. Zusammenfassend hält die Vorinstanz fest, die "Bleiwiese" sei ungenügend erschlossen.

Was den Kanalisationsanschluss anbelangt, so liegt der nächste Kanalisationsanschlusspunkt gemäss dem Generellen Entwässerungsplan (GEP) der Gemeinde X., Stand November 2003, in der nordwestlichen Ecke der "Bleiwiese". Die (umstrittene) Frage, ob die 30-jährige Leitung genügend Kapazität aufweist, d.h. ob sie den Anforderungen der Gewässerschutzgesetzgebung entspricht, kann offen gelassen werden, da die Voraussetzungen der groben Erschlossenheit und der getätigten Investitionen (siehe hinten Erw. 4.2) ohnehin nicht erfüllt sind, die drei Erfordernisse aber kumulativ vorliegen müssen.

4.2.

In Bezug auf die Frage nach den für die Erschliessung und Überbauung seines Lands getätigten Investitionen, äusserte sich der Beschwerdeführer anlässlich des Augenscheins der Vorinstanz widersprüchlich: Einerseits stellte er sich auf den Standpunkt, er habe in sein Land investiert, andererseits führte seine Rechtsvertreterin aber aus, der Beschwerdeführer habe noch keine Vorfinanzierung der Erschliessung geleistet. Der Beschwerdeführer hat nicht näher definiert, worin die von ihm geltend gemachten Investitionen liegen. Mangels gegenteiligen Nachweises ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass allfällige Aufwendungen angesichts der Tatsache, dass die Parzelle Nr. Z. bei weitem nicht erschlossen ist, kein erhebliches Ausmass angenommen haben.

4.3.

Der Beschwerdeführer macht auch vor Verwaltungs- und Bundesgericht nicht geltend, sein Grundstück sei im Zeitpunkt der Rechtskraft der Nutzungsplanung 1994/1996 erschlossen gewesen bzw. dass ihm die zur Erreichung der Erschliessung erforderlichen Rechte von Dritten abgetreten worden sind. Ebenso wenig werden die Feststellungen der Vorinstanz zu den fehlenden Investitionen und zu den Rechtswirkungen der Sondernutzungsplanung, sowie den erforderlichen Hochwasserschutzmassnahmen beanstandet.

5. (...)

6.

Die unüberbaute Parzelle des Beschwerdeführers kann aufgrund ihrer Grösse (ca. 1,66 ha) und ihrer Lage nicht als Baulücke bezeich-

net werden. Der Beschwerdeführer macht auch nicht geltend, erhebliche Kosten für die Erschliessung oder Überbauung seiner Parzelle aufgewendet zu haben. Sodann sind auch keine besonderen Vertrauenstatbestände erkennbar, auf deren Grundlage der Beschwerdeführer mit einer Einzonung des Grundstücks in die Bauzone hätte rechnen können.

Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer die Parzelle Nr. Z. - infolge der ungenügenden Erschliessung und der fehlenden erheblichen Aufwendungen - nicht aus eigener Kraft innert absehbarer Frist hat erschliessen und überbauen können, ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden. Auch wenn aufgrund der unbestrittenen Erschliessungspflicht der Gemeinde X. innerhalb der Planungsperiode eine Erschliessung vorgesehen ist, ist vorliegend ein Realisierungszeitpunkt unter zehn Jahren auszuschliessen, weshalb auch das Erfordernis einer Überbauung in "naher Zukunft" nicht erfüllt ist.

Die "Bleiwiese" hätte somit anlässlich der Nutzungsplanung 1994/96 entschädigungslos einer Nichtbauzone zugewiesen werden dürfen, weshalb auch die Zuweisung der Teilfläche von 0,3 ha in die OE, welcher überdies auch landschafts- bzw. siedlungsgestalterische Funktion zukommt (siehe vorne Erw. 3.3), keine materielle Enteignung begründen kann.

Die Begehren um Entschädigung für materielle Enteignung hinsichtlich der Zuweisung der Teilfläche zur Zone OE ist daher abzuweisen.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat die Beschwerde gegen das Urteil vom 19. Januar 2009 mit Entscheid vom 6. Juli 2009 abgewiesen [1C_111/2009]. Aus den Erwägungen:

3.3.

Die Ausführungen (des Verwaltungsgerichts) lassen keine Verletzung von Bundesrecht erkennen. Sowohl die Grösse des unüberbauten Gebiets (insgesamt 1.6 ha) als auch seine Lage an der Surb und der Surbtalstrasse, an der Trennlinie zwischen den beiden historischen Siedlungsgebieten der Gemeinde X., sprechen für eine eigenständige Bedeutung dieser unüberbauten Fläche und damit gegen das Vorliegen einer Baulücke.

4.

Das Verwaltungsgericht hat weiter festgehalten, dass die Bleiwiese zum Stichtag nicht grob erschlossen war und der Beschwerdeführer auch nicht nachgewiesen habe, erhebliche Investitionen für die Erschliessung und Überbauung seines Landes aufgewendet zu haben.

4.1.

Der Beschwerdeführer bringt dagegen nur vor, dass eine Erschliessung möglich gewesen sei, nicht aber, dass sie bereits bestand. Soweit er der Gemeinde X. vorwirft, ihrer Erschliessungspflicht nicht nachgekommen zu sein, kann auf den Rückweisungsentscheid vom 14. März 2008 verwiesen werden.

4.2.

Hinzu kommt, dass die Parzelle Nr. Z. am Stichtag (März 1996) stark hochwassergefährdet war. Noch heute, nach den im Jahr 2003 von Kanton und Gemeinde durchgeführten Hochwasserschutzmassnahmen, weist die Bleiwiese ein Schutzdefizit auf und wurde deshalb von der Schätzungskommission als nicht baureif betrachtet.)

34 Zonenkonformität einer Einkaufsanlage in der Industriezone

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 1. Juli 2009 in Sachen X. AG gegen Beschluss des Gemeinderats Seon (Sprungbeschwerde; WBE.2008.152).

Aus den Erwägungen

1.

Die Beschwerdeführerin plant auf der Parzelle Nr. 1947 den Neubau einer Filiale mit einer Verkaufsfläche von rund 1'198 m² und 111 Parkplätzen. Hinzu kommen verschiedene Nebenräume und Abstellplätze für Velos und Mofas. Die Zufahrt zur geplanten Verkaufsstelle soll über die Industriestrasse "Birren" erfolgen, die in einem Abstand von rund 105 m zum Baugrundstück in die Lenzburgerstrasse (K 249) mündet.

Die Bauparzelle liegt gemäss Bauzonen- und Kulturlandplan der Gemeinde Seon vom 23. November 2001 / 26. August 2003 in der Industriezone.

2. (...)

3.

3.1.-3.3. (...)

3.4.

3.4.1.

Das RPG erlaubt es den Kantonen, neben den in den Art. 15 – 17 RPG ausdrücklich genannten weitere Zonen vorzusehen. In der Ausgestaltung und Ergänzung der vom RPG geregelten Nutzungsarten kommt den Kantonen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu, wobei sie an die bundesrechtliche Grundordnung gebunden bleiben. Die Gestaltungsfreiheit der Kantone wird begrenzt durch den Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet, durch das Konzentrationsprinzip, das die Streubauweise für nicht freilandgebundene Bauten verbietet, und durch die Ziele und Grundsätze der Raumplanung (zum Ganzen Bernhard Waldmann / Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [RPG], Bern 2006, Art. 18 N 4 ff.).

Nach § 15 Abs. 2 BauG können die Gemeinden innerhalb der Bauzone namentlich Wohn-, Kern-, Gewerbe-, Industriezonen und Zonen für öffentliche Bauten ausscheiden und Art sowie Ausmass der Nutzungen regeln. Das kantonale Recht schreibt den Gemeinden nicht vor, welche Nutzungen sie in diesen Zonen zuzulassen haben. Bei der Ausscheidung und der Definition der verschiedenen Zonen geniessen die Gemeinden vielmehr verfassungsrechtlich geschützte Autonomie (§ 106 Abs. 1 KV); hierin eingeschlossen ist die Anwendung des autonomen Gemeinderechts. Das kantonale Recht gewährt rechtlich erhebliche Entscheidungsfreiheit, und zwar in der Absicht, die Ordnung den Gemeinden zu überlassen, d.h. ihnen Kompetenzen für selbstständige Regelungen in einem für den Sinn und die Funktion der Gemeindefreiheit wichtigen Bereich offen zu halten. Daraus folgt, dass sich das Verwaltungsgericht bei der Überprüfung gemeinderätlicher Entscheide zurückzuhalten hat, soweit es bei den zu entscheidenden Fragen um rein lokale Anliegen und ört-

lich-spezifische Interessen geht und weder überörtliche Interessen noch überwiegende Rechtsschutzanliegen berührt werden. Die Gemeinde kann sich in solchen Fällen bei der Auslegung kommunalen Rechts insbesondere dort auf ihre Autonomie berufen, wo eine Regelung unbestimmt ist und verschiedene Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar erscheinen lässt. Die kantonalen Rechtsmittelinstanzen sind hier gehalten, das Ergebnis der gemeinderätlichen Rechtsauslegung zu respektieren und nicht ohne Not ihre eigene Rechtsauffassung an die Stelle der gemeinderätlichen zu setzen. Die Autonomie der Gemeindebehörden hat jedoch dort ihre Grenzen, wo sich eine Auslegung mit dem Wortlaut sowie mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht mehr vereinbaren lässt (AGVE 2005, S. 152; 2003, S. 190). Wo eine Norm der rechtsanwendenden Behörde Ermessen einräumt, ist die Gemeindebehörde bei der Ermessensbetätigung ausserdem an die Verfassung, insbesondere an das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und an die Pflicht zur Wahrung öffentlicher Interessen, gebunden (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 441).

3.4.2.

Nach § 12 Abs. 1 der Bauordnung der Gemeinde Seon vom 23. November 2001 / 26. August 2003 (BO) ist die Industriezone bestimmt für mässig und stark störende Industrie- und Gewerbebetriebe. Wohnungen sind nur für den Betriebsinhaber sowie für betrieblich an den Standort gebundenes Personal gestattet. Eine Umschreibung dessen, was unter mässig und stark störenden Industrie- und Gewerbebetrieben zu verstehen ist, enthält das lokale Recht nicht. Die genaue Bedeutung von § 12 Abs. 1 BO ist daher durch Auslegung zu bestimmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Auslegung vom Wortlaut auszugehen, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung weiterer Auslegungselemente, wie der Gesetzessystematik, der Entstehungsgeschichte der Norm oder der Wertung, die der Gesetzesbestimmung zugrunde liegt (vgl. BGE 128 I 40 f.; BGE vom 21. März 2000, in: ZBl 102/2001,

S. 84; BGE 125 II 525; AGVE 2003, S. 191 f., je mit Hinw.; zum Ganzen auch Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 216 ff.).

Der Wortlaut von § 12 Abs. 1 BO führt zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis. Während sich der Begriff der Industrie nach herkömmlichem Sprachgebrauch auf die Produktion und Weiterverarbeitung von Waren und Gütern bezieht, kann der Begriff des Gewerbes je nach Sprachverständnis in einem engeren oder einem weiteren Sinn verwendet werden. In einem engeren Sinn fallen darunter nur Betriebe, die der Bearbeitung oder Verarbeitung von Stoffen aller Art mit Hilfe von Maschinen oder anderen technischen Hilfsmitteln dienen (so ZBl 81/1980, S. 258; 90/1989, S. 211), nicht aber Verkaufsgeschäfte und Dienstleistungsbetriebe. In einem weiteren Sinn umfasst der Begriff des Gewerbes jede wirtschaftliche Tätigkeit, die auf eigene Rechnung, eigene Verantwortung und auf Dauer mit der Absicht zur Gewinnerzielung betrieben wird (so <http://de.wikipedia.org/wiki/Gewerbe>). Darunter fielen auch Verkaufsgeschäfte und Dienstleistungsbetriebe.

Auch die Gesetzessystematik lässt mehrere Deutungen zu. Zwar hat der Gesetzgeber in den §§ 10 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 BO terminologisch zwischen Gewerbe, Dienstleistungsbetrieben und Läden unterschieden, was darauf hinweisen könnte, dass er den Begriff des Gewerbes und der Industrie in § 12 Abs. 1 BO in einem engen Sinn verwenden wollte und darunter nur produzierende und weiterverarbeitende Betriebe verstand. Allerdings legt § 7 Abs. 1 BO den gegenteiligen Schluss nahe, werden doch hier mit dem Begriff des "mässig störenden Gewerbes" offenbar auch Verkaufsgeschäfte eingefangen, von denen sich einige in der Kernzone befinden (so etwa Coop, Volg und Intersport [...]).

Dagegen kann sich die Auffassung des Gemeinderats, wonach reine Verkaufsgeschäfte in der Industriezone unzulässig sind, auf die Entstehungsgeschichte stützen. Im Planungsbericht vom 31. Oktober 2001 zur Anpassung der Bauordnung an das neue Baugesetz, Teiländerungen Bauzonen- und Kulturlandplan, wurde ausdrücklich festgehalten, in den Industriezonen seien wegen ihrer peripheren Lage in Bezug auf den Ortskern weiterhin keine Einkaufsanlagen zulässig, ausser Fabrikläden, die als Bestandteile von Industriebauten

gelten würden (...). Die gleiche Zielsetzung ergibt sich aus dem Regionalen Entwicklungskonzept für die Region Seetal aus dem Jahr 2006 (...), wo explizit festgehalten wird, der Einkauf für den täglichen Bedarf [...] solle in den peripheren Arbeitsplatzgebieten ausgeschlossen werden (...).

Zum gleichen Auslegungsergebnis führt auch eine teleologische Betrachtung: Zwar dürfen in Industriezonen unter *immissionsrechtlichen* Gesichtspunkten auch Betriebe errichtet werden, die nur mässig stören (sog. Recht zur Minderausnutzung; vgl. Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, Kommentar, 2. Auflage, Aarau 1985, §§ 130-33 N 10a), hinter dem Verbot von Verkaufsgeschäften in Industriezonen kann gleichwohl ein legitimes planerisches Anliegen stecken. So kann ein berechtigtes Ziel des Gesetzgebers darin bestehen zu verhindern, dass die Ortszentren durch den Bau von abseits gelegenen Verkaufsgeschäften entleert oder in ihrer Lebensfähigkeit beeinträchtigt werden. Gegenstand der Raumplanung darf somit mindestens in gewissen Schranken auch die Konsumversorgung der Wohngebiete sein (vgl. auch BGE 116 Ia 428 ff.). Ein Vorhaben der streitbetroffenen Art, das mit seinem Sortiment an Nahrungs- und Genussmitteln sowie an Grund- und Verbrauchsgütern den kurz- und mittelfristigen Bedarf von Endverbrauchern abdeckt, ist geeignet, diese vom Ortszentrum weg in die Industriezone zu locken und so (über das Absterben zentral gelegener Betriebe) die Güterversorgung im Ortszentrum in Frage zu stellen. Ein weiteres berechtigtes planerisches Interesse besteht darin, gewerbliche und industrielle Betriebe, die wegen ihrer Auswirkungen auf die Umwelt und/oder wegen ihres grösseren Raumbedarfs auf die Industriezone angewiesen sind, vor einer Verdrängung durch reine Verkaufsgeschäfte zu schützen, zumal solche auch in anderen Zonen betrieben werden können. Gemäss dem Planungsbericht handelt es sich bei den Industriezonen Birren und Egliswil um die einzigen beiden Industriegebiete mit regionaler Bedeutung für das Seetal. In den Gemeinden mit Seeanstoss sei aus Landschaftsgründen bewusst auf die Ausscheidung von Industriezonen verzichtet worden (...). Da somit das regionale Angebot an Zonen beschränkt ist, in denen sich Betriebe mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt und/oder

grossem Raumbedarf niederlassen können, kann sich die Fernhaltung von Verkaufsgeschäften, die entweder weniger Immissionen verursachen oder geringeren Raumbedarf haben, auf ein berechtigtes raumplanerisches Interesse stützen.

Zwar lässt sich anführen, dass ein Verkaufsgeschäft wie das geplante, bei dem das Einzugsgebiet der Kundschaft über den lokalen Bereich hinausgeht, infolge des Verkehrsaufkommens in einer peripheren Industriezone besser aufgehoben wäre als im Ortskern, eine Gemeinde ist jedoch grundsätzlich nicht verpflichtet, auf ihrem Gebiet jede beliebige Nutzung zuzulassen. Soweit es planerische oder infrastrukturelle Gründe rechtfertigen, können Gemeinden auch in Industrie- und Gewerbebezonen bestimmte Betriebsarten (zum Beispiel Einkaufsanlagen) ausschliessen (vgl. auch Christoph Fritzsche / Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., Zürich 2006, Ziff. 3-15).

Für die Ansicht des Gemeinderats, wonach reine Verkaufsgeschäfte in der Industriezone nicht zulässig sind, sprechen somit das historische und das teleologische Element. Mit Wortlaut und Gesetzssystematik lässt sich das Auslegungsergebnis zumindest vereinbaren. Der angefochtene Beschluss beruht somit auf einer vertretbaren Auslegung des kommunalen Rechts. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Gemeinderat anfänglich selber davon ausgegangen war, das Vorhaben lasse sich in baurechtlicher Hinsicht nicht verhindern (...). Nach der Konzeption des Baugesetzes können verbindliche Zusagen nur noch als Vorentscheid im Sinn von § 62 BauG ergehen (vgl. auch BGE 117 Ia 288 f.). Das gilt jedenfalls solange, als Dritte davon betroffen sind (vgl. Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968, Diss., Zürich 1998, § 38 N 36; Zimmerlin, a.a.O., § 152 N 9). Im konkreten Fall fehlt es an einem förmlichen Vorentscheid, der auch gegenüber den Einsprechern verbindlich werden könnte.

35 Voranfrage i.S.v. § 28 AbauV

- **Zulässiger Gegenstand**
- **Befähigkeit der mit der Voranfrage befassten Baukommission**

vgl. AGVE 2007, S. 105 ff.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid teilweise gutgeheissen; Urteil vom 8. September 2009 [1C_150/2009]).

36 Zonenkonformität einer Tankstelle mit Shop in einer Zone, in der nur Betriebe zulässig sind, deren Auswirkungen im Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben, auf die üblichen Arbeits- oder Öffnungszeiten beschränkt sind und nur vorübergehend auftreten. Besitzstandsschutz.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 12. Mai 2009 in Sachen X. und Y. AG gegen den Regierungsrat (WBE.2008.99).

Aus den Erwägungen

II.

1.

Die Beschwerdeführerin 1 [X. AG] plant, die bestehenden beiden Tanksäulen, die sich unmittelbar angrenzend an der Kantonsstrasse K 292 und nördlich des Gebäudes Nr. 93 (...) befinden, zu demontieren und westlich dieses Gebäudes eine neue, überdachte Tankstelle mit vier Betankungsplätzen zu bauen. Ausserdem sind insgesamt 11 Parkplätze vorgesehen. Im westlichen Bereich der Parzelle soll die bestehende Rabatte aufgehoben und die Einfahrt realisiert werden. Die Ausfahrt auf die K 292 ist östlich der neu geplanten Überdachung geplant. Im Erdgeschoss der genannten Liegenschaft soll im bisherigen Ausstellungsraum der Autogarage ein Tankstellen-Shop von 86 m² Fläche mit Stehbar eingebaut werden. Es ist vorgesehen, den Shop werktags von 06.00 bis 22.00 Uhr sowie samstags und sonntags von 08.00 bis 20.00 Uhr geöffnet zu haben und Güter des Autobedarfs sowie des täglichen Bedarfs zu verkaufen. Die Tankstelle soll ganzjährig im 24-Stundenbetrieb zugänglich sein (...).

2.

Die Bauparzelle befindet sich gemäss Bauzonenplan der Gemeinde Stein vom 11. Dezember 1992 / 18. Januar 1994 in der Dorfzone D, der die Empfindlichkeitsstufe (ES) III zugewiesen wurde. Die ES III gilt in Zonen, in denen mässig störende Betriebe zugelassen sind (Art. 43 Abs. 1 lit. c LSV). Die Bau- und Nutzungsordnung (BNO) vom 10. Dezember 1999 / 15. März 2000 (mit Änderungen vom 10. Juni 2005 / 19. Oktober 2005) der Gemeinde Stein bestimmt in § 6 für die Dorfzone D:

¹Die Dorfzone dient der Erhaltung des Ortskerns. Sie ist bestimmt für Wohnen, mässig störendes Gewerbe sowie Landwirtschaft.

²Gebäude sind mit ihrer Umgebung zu erhalten und dürfen nicht abgebrochen werden. Der Gemeinderat kann Ausnahmen bewilligen, sofern ein Gebäude für das Ortsbild unwichtig oder die Erhaltung der Bausubstanz unzumutbar ist.

³Bauten dürfen umgebaut und umgenutzt werden, sofern der Schutzzweck dadurch nicht beeinträchtigt wird. Unter den gleichen Bedingungen kann der Gemeinderat Ergänzungsbauten bewilligen.

⁴Bei der Festlegung der Baumasse und der Gestaltungsvorschriften orientiert sich der Gemeinderat am Charakter der bestehenden Überbauung. Dacheinschnitte sind untersagt.

⁵Der Gemeinderat gewährleistet die fachliche Beratung und kann soweit nötig Fachleute beiziehen. Zu diesem Zweck sind Bauvorhaben möglichst früh anzuzeigen."

Als mässig störend gelten nach § 23 Abs. 2 BNO Betriebe mit Auswirkungen, die im Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben, auf die üblichen Arbeits- oder Öffnungszeiten beschränkt sind und nur vorübergehend auftreten. Betriebe, die ein hohes Mass von quartierfremdem Verkehr verursachen, gelten als stark störend.

(...)

3.

3.1.

Die Beschwerdeführerinnen verlangen die Feststellung, dass die Nutzung der Parzelle Nr. 1382 mit Garagenbetrieb, Tankstelle mit zwei Zapfsäulen und vier Tankplätzen sowie der Tankstellen-Shop von 86 m² zonenkonform sei (...).

3.2.

Voraussetzung einer Baubewilligung ist unter anderem, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen bzw. zonenkonform sind (vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG). Welche Nutzung dem Zonenzweck entspricht und damit zulässig ist, ergibt sich einerseits aus § 6 BNO, der sich mit der Dorfzone D befasst, und andererseits aus der Zuordnung der ES III zu dieser Zone. Soweit die kommunalen Zonenvorschriften dem Schutz vor Immissionen dienen, stellt sich die Frage, inwieweit diesen Vorschriften neben dem Bundesumweltrecht selbständiger Gehalt zukommt.

Normen des kantonalen und kommunalen Rechts, welche den direkten Schutz vor Immissionen regeln, haben mit dem Inkrafttreten des USG ihre selbständige Bedeutung verloren, soweit sich ihr materieller Gehalt mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses; sie haben sie dort behalten, wo sie die bundesrechtlichen Normen ergänzen oder, soweit erlaubt, verschärfen. Das Bundesrecht regelt abschliessend namentlich die vorsorgliche Emissionsbegrenzung, die Verschärfung der Emissionsbegrenzungen bei Überschreitung der Immissionsgrenzwerte und die Planungswerte für Lärm (Art. 1 Abs. 2, Art. 11 ff., Art. 23 und Art. 65 Abs. 2 USG; Art. 7 f., Art. 36 ff. und Art. 40 ff. LSV; BGE 118 Ia 114 f. und 118 Ib 595 f., je mit Hinweisen; BGE vom 5. Juni 2001 [1A.199/2000, 1P.373/2000], Erw. 1/b/aa; AGVE 2005, S. 147 ff.; 1998, S. 317 f. und 1993, S. 394 ff., je mit Hinweisen). In diesem Sinne haben Nutzungsvorschriften des kantonalen und kommunalen Rechts nach wie vor selbständigen Gehalt, soweit sie die Frage regeln, ob eine Baute am vorgesehenen Ort erstellt und ihrer Zweckbestimmung übergeben werden darf. Namentlich ist es weiterhin Sache des kantonalen und kommunalen Rechts, die für den Charakter eines Quartiers wesentlichen Vorschriften über Nutzungsart und -intensität zu erlassen. Kantonal- und kommunalrechtliche Begriffe wie "wenig oder mässig störendes Gewerbe" können daher trotz des Bundesumweltrechts noch eine selbständige Bedeutung haben. So lassen sich etwa Bauten und Betriebe, die mit dem Charakter einer Wohnzone unvereinbar sind, untersagen, auch wenn die Lärmimmissionen, zu denen sie führen, bundesrechtliche Schranken nicht überschreiten,

sofern die Unzulässigkeit nicht einzig mit der konkreten Lärmbe-
lastigung begründet wird. Auch erfasst das Umweltschutzrecht des
Bundes nicht alle erdenklichen Auswirkungen oder Sekundär-
immissionen (erwähnter BGE vom 5. Juni 2001, Erw. 1/b/aa;
BGE 118 Ia 115 und 118 Ib 595, je mit Hinweisen; AGVE 1993,
S. 395 mit Hinweisen; siehe zum Ganzen auch AGVE 2005,
S. 147 f.; VGE III/50 vom 6. Juli 2004 [BE.2004.00168], S. 11 f.).

§ 23 Abs. 2 BNO umschreibt die Auswirkungen bzw. Immissio-
nen, welche den Typus des (höchstens) mässig störenden Betriebs
kennzeichnen. Diese Auswirkungen müssen unter anderem im Rah-
men herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben und
auf die üblichen Arbeits- und Öffnungszeiten beschränkt sein. Der-
artige Kategorisierungen finden sich weder im USG noch in den
ausführenden Verordnungen (LSV und LRV). Zwar enthält Anhang 6
der LSV spezifische "Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Ge-
werbelärm", wobei die in der Dorfzone D geltende ES III auf die
Immissionsstufe der "mässig störenden Betriebe" abgestimmt ist
(Art. 43 Abs. 1 lit. c LSV). Das spezifizierende Beiwort "herkömm-
lich" wird durch diese Bestimmungen aber nicht abgedeckt. Die LSV
legt die Belastungsgrenzwerte für Anlagen der Industrie, des Gewer-
bes und der Landwirtschaft ganz allgemein fest (Ziff. 1 Abs. 1 lit. a
des erwähnten Anhangs) und differenziert nicht in Bezug auf die Art
der Anlage. Ebenso wenig wird der Anforderung der "üblichen" Ar-
beits- und Öffnungszeiten schon damit Rechnung getragen, dass es
Belastungsgrenzwerte für den Tag (07 bis 19 Uhr) und (um 10 dBA
tiefer) für die Nacht (19 bis 07 Uhr) gibt (Ziff. 2 und 31 der LSV
des erwähnten Anhangs). § 23 Abs. 2 BNO enthält somit Elemente,
die das Bundesumweltrecht nicht kennt. Das indiziert die selbstän-
dige Bedeutung der kommunalen Vorschrift.

Hinzu kommt, dass § 23 Abs. 2 BNO in doppelter Hinsicht eine
raumplanerische Funktion erfüllt, was ihren eigenständigen Gehalt
unterstreicht. Zum einen dient sie der Koordination verschiedener
Nutzungen innerhalb derselben Zone (vgl. auch AGVE 2005, S. 150
f.; VGE III/47 vom 28. August 2007 [WBE.2006.300], S. 6 f.). Keine
der Nutzungen soll so intensiv auf die andere einwirken, dass diese
andere Nutzung überhaupt nicht mehr oder nur noch unter übermäs-

sig erschwerten Bedingungen ausgeübt werden kann (AGVE 2005, S. 150). Zum anderen schützt die Norm eine gewachsene Nutzungsstruktur, indem sie nur Betriebe mit Auswirkungen zulässt, deren Auswirkungen im Rahmen "herkömmlicher" Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben, auf die "üblichen" Arbeits- und Öffnungszeiten beschränkt sind und die kein hohes Mass an quartierfremdem Verkehr verursachen (vgl. BGE vom 5. Juni 2001 [1A.1999/2000 und 1P.373/2000]), Erw. 1b/aa; vgl. auch AGVE 2005, S. 149 f.).

Nach dem Gesagten kommt § 23 Abs. 2 BNO neben dem Bundesumweltrecht eine selbständige Bedeutung zu.

3.3.

3.3.1.-3.3.3. (...)

3.3.4.

Gemäss § 13 Abs. 1 und § 15 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BauG erlassen die Gemeinden allgemeine Nutzungspläne (Zonenpläne) und allgemeine Nutzungsvorschriften (Bau- und Zonenordnungen), die das Gemeindegebiet in verschiedene Nutzungszonen einteilen und Art und Mass der Nutzung regeln; sie können dabei insbesondere Bauzonen, namentlich Wohn-, Kern-, Gewerbe-, Industriezonen und Zonen für öffentliche Bauten ausscheiden. Bei der Ausscheidung und Definition der verschiedenen Zonen geniessen die Gemeinden aufgrund von § 106 KV verfassungsrechtlich geschützte Autonomie; hierin eingeschlossen ist die Anwendung des autonomen Gemeinderechts. Daraus folgt, dass sich das Verwaltungsgericht bei der Überprüfung einschlägiger gemeinderätlicher Entscheide zurückzuhalten hat. Die Gemeinde kann sich in solchen Fällen bei der Auslegung kommunalen Rechts insbesondere dort auf ihre Autonomie berufen, wo eine Regelung unbestimmt ist und verschiedene Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar erscheinen. Die kantonalen Rechtsmittelinstanzen sind hier gehalten, das Ergebnis der gemeinderätlichen Rechtsauslegung zu respektieren und nicht ohne Not ihre eigene Rechtsauffassung an die Stelle der gemeinderätlichen zu setzen. Die Autonomie der Gemeindebehörden hat jedoch auch in diesen Fällen dort ihre Grenzen, wo sich eine Auslegung mit dem Wortlaut sowie mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht mehr verein-

baren lässt (vgl. zum Ganzen AGVE 1998, S. 319 f. mit Hinweisen; ferner AGVE 1984, S. 366).

Das kommunale Recht lässt vom Wortlaut her erheblichen Interpretationsspielraum offen ("mässig störender Betrieb"; "Auswirkungen, die im Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben"; "Betriebe, die ein hohes Mass von quartierfremden Verkehr verursachen"). Auch wenn diese Begriffe der Musterbauordnung entnommen wurden, bedeutet dies nicht, dass sie auf dem ganzen Kantonsgebiet einheitlich auszulegen sind. Angesichts der Autonomie der Gemeinde auf diesem Gebiet ist dieser die Möglichkeit einer eigenständigen Interpretation einzuräumen, die sich freilich an die gesetzlichen Regeln und Schranken der Auslegung zu halten hat. Nachdem die Gemeinde § 23 Abs. 2 BNO innerhalb dieser Grenzen autonom auslegen darf, kommt den von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Entscheiden - soweit sie andere Gemeinden und/oder andere Vorhaben betrafen - keine rechtserhebliche Bedeutung zu (...). Der Entscheid des Regierungsrats vom 23. Oktober 1996 (...), der offenbar die Gemeinde Stein betraf, bindet das Verwaltungsgericht nicht.

3.3.5.

Es ist vorgesehen, den Shop werktags von 06.00 bis 22.00 Uhr sowie samstags und sonntags von 08.00 bis 20.00 Uhr und die Tankstelle während 24 h offen zu halten. In Stein gelten Öffnungszeiten von 07.30 bis 18.30 Uhr als üblich (...). Die Auswirkungen der Tankstelle und des Shops beschränken sich somit nicht auf die üblichen Arbeits- und Öffnungszeiten, weshalb der Betrieb in dieser Hinsicht aus dem Rahmen von § 23 Abs. 2 BNO fällt. Das würde selbst dann gelten, wenn die Öffnungszeiten des Shops auf 06.00-21.00 Uhr und diejenigen der Tankstelle auf 06.00-24.00 Uhr reduziert würden (...). Die Öffnungszeiten sprechen somit gegen die Zonenkonformität des Vorhabens. (...).

Demgegenüber ist die Garage selber (Werkstatt und Verkauf) von Montag bis Freitag von 07.30 bis 12.00 und von 13.00 bis 17.30 Uhr sowie am Samstag von 08.00 bis 12.00 Uhr geöffnet. Damit hält sie sich an die üblichen Arbeits- und Öffnungszeiten. Es ist ausserdem anzunehmen, dass die Auswirkungen dieses Betriebszweigs im

Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben und dass er kein hohes Mass an quartierfremdem Verkehr verursacht. Gegenteiliges haben weder die Beschwerdegegner behauptet, noch war es die Absicht der Vorinstanz, diesem Betriebszweig die Zonenkonformität abzusprechen (...).

3.3.6.

3.3.6.1.

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, es habe in der Kernzone K Tankstellen, die sich ebenfalls nicht an die üblichen Arbeitszeiten hielten. Aus § 23 Abs. 2 BNO, der als allgemeine Vorschrift sowohl für die Dorfzone D als auch für die Kernzone K gelte, könne deshalb nicht geschlossen werden, dass abends oder nachts keine Gewerbetätigkeit mehr möglich sei (...). Die Beschwerdeführerinnen machen ausserdem geltend, in der Dorfzone D habe es zwei Restaurants, die nachts ebenfalls geöffnet hätten (...).

Der Gemeinderat stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, § 23 Abs. 2 BNO sei zonenspezifisch auszulegen. Bei der Anwendung dieser Vorschrift sei auf den unterschiedlichen Zweck der Dorfzone D und der Kernzone K Rücksicht zu nehmen. Während in der Dorfzone D die bestehende Struktur erhalten werden soll, wolle die Kernzone K die Entwicklung eines neuen Wohn- und Geschäftsquartiers fördern (...).

3.3.6.2.

In Mischzonen ist (wie gesagt) mit planerischen Mitteln sicherzustellen, dass keine der Nutzungen so intensiv auf die andere einwirkt, dass diese andere Nutzung überhaupt nicht mehr oder nur noch unter übermässig erschwerten Bedingungen ausgeübt werden kann (AGVE 2005, S. 150). Innerhalb dieses Rahmens erscheint es aber grundsätzlich möglich, den Schutz der Wohnbevölkerung vor gewerblichen Immissionen in den einzelnen Mischzonen unterschiedlich auszugestalten. Es besteht mithin durchaus Raum, dem Charakter eines Gebiets durch eine spezifische Umschreibung der zulässigen Nutzungsintensität Rechnung zu tragen und damit der Wohnbevölkerung in den einzelnen Mischzonen einen unterschiedlichen Schutz vor Immissionen zukommen zu lassen. Analoges gilt im Verhältnis von Wohn- und Mischzonen: Praxisgemäss kann die

Wohnbevölkerung in Mischzonen nicht denselben Schutz vor Beeinträchtigungen beanspruchen wie in reinen Wohnzonen (AGVE 2005, S. 150). Ebenso wenig kann ein Betriebsinhaber, der in einer Gewerbezone wohnt, denselben Schutz vor Immissionen geltend machen, wie der Bewohner einer reinen Wohnzone oder einer Mischzone, in denen Wohn- und Gewerbenutzung einander gleichgestellt sind. Aufgrund des Vorrangs der gewerblichen Nutzung hat der Betriebsinhaber in der Gewerbezone ein Mehreres an unliebsamen Einwirkungen in Kauf zu nehmen.

Es besteht somit ein nachvollziehbares planerisches Ziel darin, die Wohnbevölkerung in Mischzonen, in denen eine Entwicklung des Gewerbes gefördert werden soll, weniger stark vor Immissionen zu schützen als in Zonen, in denen keine Ausdehnung der gewerblichen Nutzung angestrebt wird. Die Grenze ist aber auch in gewerblichen Entwicklungsgebieten stets dort zu ziehen, wo die Erholungsfunktion der Wohnnutzung nicht mehr gewährleistet ist. Wo es um den Schutz der Nacht- oder Sonntagsruhe geht, geniesst die Wohnnutzung in typischen Mischzonen generell einen gewissen Vorrang (vgl. AGVE 1999, S. 253 f. mit Hinweisen).

3.3.6.3.

Das Anliegen des Gemeinderats, den Begriff des mässig störenden Gewerbes zonenspezifisch auszulegen, ist demnach einleuchtend. Im konkreten Fall stehen einer zonenspezifischen Interpretation jedoch Wortlaut und Systematik des Gesetzes entgegen. Die BNO der Gemeinde Stein verwendet den Begriff des "mässig störenden Gewerbes" in den Zonen, in denen eine Mischnutzung möglich ist. Er taucht in § 6 Abs. 1 für die Dorfzone D, in § 7 Abs. 1 für die Kernzone K, in § 10 Abs. 1 für die Wohn- und Gewerbezone WG und in § 13 Abs. 1 für die Gewerbezone G auf, in der eine Wohnnutzung nur ausnahmsweise in Betracht kommt. § 23 Abs. 2 BNO spricht von "herkömmlichen" Handwerks- und Gewerbebetrieben und von "üblichen" Arbeits- und Öffnungszeiten. Nach dem normalen Sprachgebrauch können die Begriffe "herkömmlich" und "üblich" nicht derart kleinräumig verstanden werden, wie dies dem Gemeinderat vorschwebt (vgl. auch AGVE 2005, S. 151). Jedenfalls kleinere Gemeinden werden sich kaum in Teilgebiete auftrennen las-

sen, in denen den Begriffen "herkömmlich" und "üblich" eine gebietsspezifische Bedeutung zukommt. Das bestätigt auch die Situation in der Gemeinde Stein, zeigt sich doch hier, dass die Öffnungszeiten in der Kernzone K und der Dorfzone D grundsätzlich übereinstimmen. Eine Ausnahme bilden lediglich die Gastgewerbebetriebe beider Zonen sowie die Tankstellen-Shops in der Kernzone K (...).

Sodann steht § 23 BNO systematisch unter dem Abschnitt "Definitionen", der an den Abschnitt "Zonenvorschriften" anschliesst. Aus der systematischen Stellung der Vorschrift ergibt sich somit klar, dass der Gesetzgeber den Definitionen eine zonenübergreifende Bedeutung zuweisen wollte. Hätte er dem Begriff des "mässig störenden Gewerbes" eine zonenspezifische Bedeutung geben wollen, hätte er den Begriff bei den einzelnen Zonenvorschriften definiert. Das Auslegungsergebnis des Gemeinderats lässt sich somit weder mit dem Wortlaut noch mit der Systematik des Gesetzes vereinbaren.

Im konkreten Fall stehen die Öffnungszeiten der Tankstelle und des Tankstellen-Shops der Zonenkonformität entgegen, weshalb das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerinnen mit Blick auf die bestehende und die geplante Tankstelle sowie den geplanten Tankstellen-Shop abzuweisen ist. An der Zonenwidrigkeit dieser Betriebszweige vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Gemeinderat in der Kernzone K Tankstellen und Tankstellen-Shops mit Öffnungszeiten zulässt, die den ortsüblichen Umfang sprengen. Nachdem zwar Sinn und Zweck der Kernzone K, nicht aber Wortlaut und Systematik der BNO Raum lassen für längere Öffnungszeiten in dieser Zone, wird der Gemeinderat zu prüfen haben, ob er die Nutzungsvorschriften der Kernzone K anzupassen hat.

3.3.6.4.

In einem Spannungsverhältnis zu § 23 Abs. 2 BNO stehen auch die Gastgewerbebetriebe, die der Gemeinderat trotz längerer Öffnungszeiten sowohl in der Kernzone K als auch in der Dorfzone D zulässt. Zwar unterstehen diese Betriebe dem kantonalen Gesetz über das Gastgewerbe und den Kleinhandel mit alkoholhaltigen Getränken (Gastgewerbegesetz, GGG) vom 25. November 1997 (SAR 970.100), womit die darin vorgesehenen Öffnungszeiten gel-

ten. Der Gemeinderat kann jedoch nach Massgabe der Bau- und Umweltschutzgesetzgebung andere Öffnungszeiten bewilligen und namentlich die Öffnungszeiten der einzelnen Betriebe auf Dauer oder längere Frist erweitern oder einschränken (§ 4 Abs. 2 GGG). Das GGG liesse somit durchaus Raum, die Öffnungszeiten auf die Zonierung abzustimmen, was die Gemeinde Stein jedoch nicht getan hat. Die Erwähnung von Gaststätten in § 7 Abs. 2 BNO spricht vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber solche Betriebe (jedenfalls) in der Kernzone K als zonenkonform erachtete. Welche Öffnungszeiten im Gastgewerbe als üblich zu bezeichnen sind, ergibt sich deshalb bei einer widerspruchsfreien Auslegung des Gesetzes aus dem GGG, welches § 23 Abs. 2 BNO insofern verdrängt. Die Zonenkonformität des Bauvorhabens lässt sich deshalb ebenso wenig mit dem Umstand begründen, dass sich in der Dorfzone D Gastgewerbebetriebe befinden, deren Öffnungszeiten über das ortsübliche Mass hinausgehen.

3.3.6.5. (...)

4.

4.1.

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf die Besitzstandsgarantie gemäss § 68 BauG. Der ganze Betrieb Y. sei mit allen Betriebsbestandteilen und mit seiner räumlichen Ausdehnung auf der Parzelle Nr. 1382 formell und materiell rechtmässig bewilligt. Den Betrieb habe es schon vor dem BauG 1971 und der ersten BNO von Stein aus dem Jahr 1971 gegeben. Seitherige Veränderungen seien ebenfalls bewilligt worden. Von der Bewilligung abgedeckt sei auch der Werkplatz im westlichen Bereich der Parzelle. Die Wahrung des Besitzstandes richte sich nach dem heutigen Betrieb. § 68 BauG erlaube einem Gewerbebetrieb, der sich dynamisch verhalten und entwickeln müsse, um überleben zu können, die Anpassung an das veränderte Marktumfeld. Bei der Verlegung der Tankstelle und dem neu vorgesehenen Tankstellen-Shop handle es sich um einen klassischen Fall der betrieblichen Weiterentwicklung, die nach Marktlage und Gewohnheiten der Marktteilnehmer notwendig sei. Der funktionale Zusammenhang zum bisherigen Betrieb sei ebenfalls gegeben. Die Beschwerdeführerinnen beabsichtigten keine räumliche Erweiterung

des Betriebsgeländes. Auch der Werkplatz im westlichen Bereich der Parzelle sei bereits für die gewerbliche Nutzung bewilligt. Die bestehende Tankstelle werde lediglich nach Westen verschoben. Die Erweiterung der Tankkapazität auf 4 Tankplätze sei im räumlichen Zusammenhang und im Zusammenhang mit dem Volumen der Gebäude irrelevant. Die Umwandlung des Verkaufsraumes für Autos und Autobedarf zu einem Tankstellen-Shop bedürfe keines Mehrvolumens und vergrössere die Bruttogeschossfläche nicht. Es gehe lediglich um eine Verlagerung innerhalb der bereits bewilligten Verkaufsnutzung, die für sich alleine betrachtet in der Dorfzone D ohne Zweifel zonenkonform sei. Die mit der geplanten Veränderung verbundenen Auswirkungen seien zudem lärmässig ohne Bedeutung (...).

4.2. (...)

4.3.

Nach § 68 BauG dürfen rechtmässig erstellte Bauten, die den geltenden Plänen oder Vorschriften widersprechen, unterhalten und zeitgemäss erneuert werden. Die Nutzungsordnung kann für bestimmte Schutzzonen die zeitgemässe Erneuerung einschränken oder verbieten (lit. a). Solche Bauten dürfen ausserdem angemessen erweitert, umgebaut oder in ihrem Zweck geändert werden, wenn dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht wesentlich verstärkt wird und keine besonderen Nutzungsvorschriften entgegenstehen (lit. b).

4.3.1.

Nach Angaben der Beschwerdeführerinnen besteht die Garage Y., inklusive Tankstelle, seit 1929. Die Garage geht somit auf eine Zeit zurück, in der es noch keine Zonenvorschriften gab. Eine erste Zonierung brachte die BNO vom 4. Juni 1971/14. März 1973, welche in der Dorfzone D Wohnungen, Läden, Gaststätten, Büros sowie nicht übermässig störendes Gewerbe erlaubte (§ 31). Nachdem die Tankstelle schon heute während 24 Stunden pro Tag betrieben wird, sprengt sie infolge ihrer Öffnungszeiten den Rahmen des mässig Störenden im Sinn von § 23 Abs. 2 BNO. Nachdem der bestehende Betrieb jedoch ursprünglich rechtmässig war, ist er in seinem Besitzstand grundsätzlich geschützt.

4.3.2.

Im konkreten Fall findet die Erweiterung der Tankstelle ausserhalb der bestehenden Gebäudehülle statt. Die bauliche Trennung zwischen Alt- und Neubaute schliesst jedoch den Schutz des Besitzstandes nicht von vornherein aus. Dieses Privileg greift auch dann, wenn ein enger funktionaler und räumlicher Zusammenhang besteht zwischen der besitzstandsgeschützten Nutzung eines Gebäudes und einer auf dem angrenzenden Vorplatz geplanten Nutzung (VGE III/59 vom 31. August 2006 [WBE.2005.59], S. 8). Das ist hier der Fall. Damit ist allerdings noch nichts über die Tragweite des Besitzstandsschutzes ausgesagt.

4.3.3.

Schon § 135 aBauG bestimmte, dass bereits vorhandene Bauten für Industrie und Gewerbe, die nicht in einer für sie bestimmten Zone liegen, weiterbestehen und angemessen erweitert werden dürfen, wenn ihre unvermeidlichen Einwirkungen auf die Nachbarschaft nicht übermässig sind. Eine gefestigte verwaltungsgerichtliche Praxis sah hinter dieser Bestimmung das Bestreben des Gesetzgebers, Industrie- und Gewerbebetrieben eine beschränkte Dynamik zu ermöglichen, damit sie sich gewandelten technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen in gewissem Rahmen laufend anpassen können. Eine Erweiterung nach § 135 aBauG musste sich aber in jedem Falle an das Bestehende anlehnen und quantitativ und qualitativ in engen Grenzen halten. In qualitativer Hinsicht hiess dies, dass die betreffende betriebliche Nutzung funktional an den bisherigen Betriebsstandort gebunden war, sich gewichtsmässig an das Bestehende anlehnte und lediglich in untergeordnetem Rahmen fortführte. In quantitativer Hinsicht wurde die Erweiterung in der Regel als angemessen betrachtet, wenn sich die Vergrösserung im Rahmen eines Viertels der bestehenden betrieblichen Grundfläche bewegte. Neben der Grundfläche wurden bei der Bemessung der Erweiterung auch andere Kriterien vorbehalten. Weiter wurde erwogen, dass es sich bei der "Viertel-Regel" lediglich um eine Faustregel handle, die nicht im Gesetz enthalten sei. Sie dürfe nicht starr gehandhabt werden, sondern verlange eine Überprüfung anhand der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls. So sei beispielsweise denkbar, dass die Erweite-

nung eines Kleinbetriebs angemessen sei, obwohl um mehr als ein Viertel vergrössert werde, andererseits könne bei grossen Betrieben die Grenze für eine angemessene Erweiterung erheblich unter einem Viertel liegen. In jedem Fall habe zur Feststellung der Angemessenheit einer geplanten Erweiterung eine Würdigung aller in Betracht fallender Kriterien stattzufinden (vgl. AGVE 1996, S. 334 f. mit Hinweis). An dieser Rechtsprechung hat das Verwaltungsgericht auch unter dem aktuellen Baugesetz in der bis zum 30. November 2002 geltenden Fassung festgehalten. Daraus, dass das Baugesetz für das Gebiet innerhalb der Bauzonen keine spezifische Vorschrift für industrielle und gewerbliche Bauten mehr kenne, dürfe nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe davon abrücken wollen, der erwähnten Kategorie von Bauten eine gewisse Sonderstellung zuzugestehen. Eine durchgehende Gleichstellung namentlich mit Wohnbauten wäre denn auch nach wie vor nicht sachgerecht. Wohnbauten seien, vereinfacht ausgedrückt, etwas Statisches, wogegen ein Industrie- und Gewerbebetrieb zur Erhaltung seiner Existenzfähigkeit dynamisch bleiben, d.h. sich an veränderte Marktverhältnisse anpassen können müsse (AGVE 1996, S. 335). Diese Rechtsprechung ist unter der Herrschaft von § 68 BauG in der heute geltenden Fassung fortgeführt worden (VGE III/59 vom 31. August 2006 [WBE.2005.59], S. 9 f.).

4.3.4.

Der angefochtene Entscheid ist in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden. Mit der Verlegung der beiden Tanksäulen und der Schaffung von 4 Tankplätzen würde die bestehende Tankstellenfläche wesentlich vergrössert und zusätzlich überdacht, so dass schon die vorgesehenen baulichen Massnahmen den Rahmen der angemessenen Erweiterung sprengen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen selber mit einer Verdoppelung der Fahrzeugbewegungen rechnen. Das Vorhaben würde somit neuen Zielverkehr verursachen. Das gilt zum einen für die Tankstelle, weil die Treibstoffpreise hierzulande erfahrungsgemäss günstiger sind als im benachbarten Ausland; zum andern für den Shop, weil er wegen der attraktiven Öffnungszeiten auch von Kunden aufgesucht würde, die nicht auf der Durchfahrt sind. Es ist dementsprechend auch mit einer erheblichen Zunahme

von Betankungen ausserhalb der üblichen Arbeits- und Öffnungszeiten und deshalb mit einer wesentlichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit zu rechnen. Das gilt nicht nur wegen der Verlegung und Vergrösserung der Tankstelle, sondern auch wegen des Tankstellen-Shops, dessen Betriebszeiten den Rahmen üblicher Arbeits- und Öffnungszeiten ebenfalls sprengen würden. Solche Tankstellen-Shops sind gerade darauf ausgerichtet, das Konsumbedürfnis der Kundschaft ausserhalb der üblichen Öffnungszeiten zu befriedigen. Der geplante Shop führte daher namentlich auch zu einer Zunahme der Immissionen zu Zeiten, in denen ein erhöhtes Ruhebedürfnis besteht. Es ist zwar fraglich, ob allein die Zunahme des Verkehrslärms zu spürbaren Mehrimmissionen führte. Zu den typischen lärmverursachenden Vorgängen des geplanten Betriebs gehören jedoch auch das Türeenschlagen, der Motorstart, der Betrieb der Zapfsäulen und verhaltensbezogene Geräusche wie Hupen, lauter Radiobetrieb und Rufen (vgl. BGE vom 5. Juni 2001 [1A.199/2000 und 1P.373/2000], Erw. 4d). Da der Strassenverkehr insbesondere zur Nachtzeit keinen konstanten Geräuschpegel verursacht, sind die erwähnten, impulshaften Geräusche neben dem Verkehrslärm wahrnehmbar. Sie unterbrechen unter Umständen plötzlich und nur während einer relativ kurzen Dauer die Stille der Nacht, was das Wohlbefinden der schlafenden Bevölkerung beeinträchtigen kann (vgl. BGE 126 III 229; 102 Ib 274; 101 Ib 407), und zwar auch dann, wenn die Tankstelle in der Nacht nur von wenigen Kunden aufgesucht würde. Die Vorinstanz schloss deshalb in vertretbarer Weise auf eine wesentliche Verstärkung der Rechtswidrigkeit, die sich aus der Anwendung von § 23 Abs. 2 BNO ergibt. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Betrieb der Tankstelle während der Öffnungszeiten des Tankstellen-Shops überwacht ist.

4.4.

Keine Bedeutung kommt der Frage zu, ob das Vorhaben in anderen Zonen der Gemeinde Stein verwirklicht werden könnte oder nicht (...), da eine Gemeinde grundsätzlich nicht verpflichtet ist, jede beliebige Nutzung auf ihrem Gemeindegebiet zuzulassen. Zwar ist es grundsätzlich sinnvoll, Tankstellen an den Hauptverkehrsachsen zu positionieren, um zusätzlichen Zielverkehr zu verhindern (...). Da-

raus kann indes nicht abgeleitet werden, eine Gemeinde müsse Tankstellen ohne Rücksicht auf die übrigen Anliegen der Raumplanung (z.B. des Ortsbildschutzes) an sämtlichen Hauptverkehrsachsen zulassen.

4.5.

Das Vorhaben ist somit zonenwidrig, womit das Feststellungsbegehren abzuweisen ist.

5. (... [Ortsbildschutz])

6. (...)

7.

Zusammenfassend ist das Vorhaben weder zonenkonform noch ortsbildverträglich, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

V. Submissionen

37 Rechtsschutz

- **Im Anwendungsbereich des SubmD besteht unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens auch unter Geltung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) kein gerichtlicher Rechtsschutz und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unzulässig.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 24. August 2009 in Sachen B. AG gegen A.R.M. (WBE.2009.124).

Aus den Erwägungen

1.6.

1.6.1.

Auf den 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist Art. 29a BV. Art. 29a BV bestimmt, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. In Ausnahmefällen können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung ausschliessen. Mit der auf den 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Revision des Verwaltungsrechtspflegegesetzes ist die Anpassung des kantonalen Verfahrensrechts an die Rechtsweggarantie zwischenzeitlich erfolgt. Die Generalklausel in § 54 Abs. 1 VRPG regelt den Grundsatz; mit ihr soll die Rechtsweggarantie umgesetzt werden. Gemäss § 54 Abs. 1 VRPG ist gegen letztinstanzliche Entschiede der Verwaltungsbehörden und, wenn vorgesehen, gegen Entschiede der Spezialverwaltungsgerichte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig. In § 54 Abs. 2 und 3 VRPG werden die zulässigen Ausnahmen geregelt. Während § 54 Abs. 2 VRPG die wichtigsten Ausnahmefälle explizit auflistet, hält § 54 Abs. 3 VRPG fest, dass weitere Ausnahmen gesetzlich vorgesehen werden können. Gemäss der Botschaft des Regierungsrats vom 14. Februar 2007 zum

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (S. 66) hat dies einzelfallweise in einem formellen Gesetz zu geschehen.

1.6.2.

Damit stellt sich die Frage, ob der sich aus § 24 SubmD ergebende Ausschluss eines Rechtsschutzes für unterschwellige Auftragsvergaben der öffentlichen Hand auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, d. h. auf einem formellen Gesetz, beruht. Formelle Gesetze sind in erster Linie dem Referendum unterstellte Erlasse. Vom Parlament beschlossene Akte (sog. Parlamentsverordnungen) genügen dem Erfordernis der formellen gesetzlichen Grundlage, wenn die anwendbare kantonale Verfassungsordnung dies zulässt, da die Kantone von Bundesrechts wegen nicht gehalten sind, ihre Gesetze dem Referendum zu unterstellen (BGE 126 I 182 mit Hinweisen; vgl. auch AGVE 2007, S. 117 ff.). Die Möglichkeit der Rechtsetzung bezüglich ausführender Bestimmungen durch den Erlass von Dekreten ist in § 78 Abs. 2 KV vorgesehen. Erforderlich ist eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung. Das SubmD stützt sich ausser auf § 82 Abs. 1 lit. 1 KV ("regelt durch Dekret das öffentliche Beschaffungswesen") insbesondere auch auf Art. 11 BGBM und Art. 3 IVöB. Es handelt sich beim SubmD somit trotz des Ausschlusses des Referendums um ein Gesetz im formellen Sinn. Damit stellt § 24 SubmD in Bezug auf die darin vorgesehene Beschränkung des Rechtsschutzes auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens und dem daraus resultierenden Ausschluss unterschwelliger Vergaben vom Beschwerdeverfahren eine genügende (formelle) gesetzliche Grundlage dar. Der Umstand, dass § 24 SubmD als (teilweiser) Ausnahmetatbestand bereits vor dem Inkrafttreten des revidierten VRPG und der Rechtsweggarantie bestanden hat, vermag an seiner Gesetz- und Verfassungsmässigkeit nichts zu ändern.

1.6.3.

Der Grosse Rat entschied sich somit dazu, lediglich bei Submissionen, welche den Schwellenwert des Einladungsverfahrens erreichen, einen Rechtsschutz vorzusehen; bei unterschweligen Vergaben (Bagatellvergaben) ist der Rechtsschutz ausgeschlossen. Diese Regelung erscheint vertretbar und sachgerecht (vgl. BGE 131 I

137 ff.; Martin Beyeler, in: Baurecht 2005, S. 70 f.). Nach der Auffassung des Verwaltungsgerichts hält sie auch vor Art. 29a BV sowie Art. 86 und Art. 114 BGG stand, welche Bestimmungen denn auch Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz zulassen (Art. 29a Satz 2 BV, Art. 86 Abs. 3 BGG). Für die Zulässigkeit des Ausschlusses unterschwelliger Vergaben vom Rechtsschutz sprechen sodann die folgenden Argumente:

- Auch im Bund (BoeB) besteht ein gerichtlicher Rechtsschutz (Bundesverwaltungsgericht; Art. 27 BoeB) nur bei Vergaben oberhalb der GATT/WTO-Schwellenwerte (vgl. Art. 6 BoeB, Verordnung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements [EVD] über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen [SR 172.056.12]).
- Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) ist gemäss dem Bundesgerichtsgesetz nur zulässig bei Vergaben des Bundes und der Kantone, die den massgebenden GATT/WTO-Schwellenwert oder denjenigen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR.0.172.052.68) erreichen (vgl. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG); bei kantonalen Beschaffungen unterhalb des Schwellenwerts ist nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) möglich; bei Vergaben des Bundes im unterschweligen Bereich besteht gar kein Rechtsmittel.
- Das bevorstehende Inkrafttreten der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV war dem Bundesgericht beim Entscheid vom 11. Februar 2005 (BGE 131 I 137 ff.), in dem es die Zulässigkeit der zu § 24 SubmD analogen Regelung im Kanton Bern bejaht hat, zweifellos bekannt; es hat sich dazu jedoch mit keinem Wort geäussert, geschweige denn irgendwelche Bedenken angebracht.
- Der Vorentwurf zur Totalrevision des BoeB vom 30. Mai 2008 (VE-BoeB) sieht generell einen Rechtsschutz, unabhängig von der tatsächlich gewählten Verfahrensart, nur bei Beschaffungsverfahren, in denen die massgebenden Schwellenwerte für das

offene oder das selektive Ausschreibungsverfahren erreicht oder überschritten werden, vor (Art. 68 VE-BoeB; vgl. insbesondere auch Erläuternder Bericht [Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen] vom 30. Mai 2008, S. 74). Mit anderen Worten ist auch bei den Kantonen (wo das Gesetz ebenfalls gelten soll, vgl. Art. 4 VE-BoeB) unterhalb der massgebenden Schwellenwerte keine Beschwerdemöglichkeit an ein Gericht vorgesehen.

38 Zuschlagskriterien; Unterteilung in Sub- oder Teilkriterien

- **Subkriterien müssen sich einem in der Ausschreibung ausdrücklich aufgeführten Zuschlagskriterium zuordnen lassen bzw. davon mitumfasst sein. Es dürfen hierbei keine neuen Zuschlagskriterien geschaffen oder herangezogen werden und die Anbietenden dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die üblichen Zuschlagskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Andernfalls müssen sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschrieben werden, damit die Anbietenden erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (Erw. 3.1. und 3.2.).**
- **Ein Kriterium "(Anteil) Wertschöpfung in der Schweiz" ist ein unzulässiges vergabefremdes Kriterium (Erw. 3.3.2.).**
- **Die Anforderung, dass das Produkt bzw. die Anlage "aus der gleichen Firma" stammen muss, ist im konkreten Fall unzulässig (Erw. 3.3.3.).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. November 2009 in Sachen P. AG gegen Ortsbürgergemeinde G. (WBE.2009.160).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Gemäss § 18 Abs. 3 SubmD sind die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung anzugeben. Allfällige Teilkriterien sind mit ihrer Ge-

wichtung anzugeben. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Vergabestelle nicht gehalten, über die Anforderungen von § 18 Abs. 3 SubmD hinaus auch zum Voraus bekannt zu geben, wie sie die Zuschlagskriterien im Einzelfall zu bewerten gedenkt. Die nachträgliche Unterteilung der Zuschlagskriterien in Sub- oder Teilkriterien stellt wie eine Beurteilungsmatrix lediglich ein Hilfsmittel für eine differenziertere Bewertung dar. Die einzelnen Subkriterien müssen sich gemäss dem Verwaltungsgericht allerdings einem in der Ausschreibung ausdrücklich aufgeführten Zuschlagskriterium zuordnen lassen bzw. davon mitumfasst werden. Es dürfen hierbei nicht etwa neue Zuschlagskriterien geschaffen oder herangezogen werden. Weiter dürfen die Anbietenden darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die üblichen Zuschlagskriterien – wie sie auch in § 18 Abs. 2 SubmD genannt sind – im herkömmlichen Sinn versteht. Andernfalls müssen sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschrieben werden, damit die Anbietenden erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (AGVE 2001, S. 346 mit Hinweisen; 2002, S. 322 f. mit Hinweisen). So müssen die Anbietenden beispielsweise nicht erwarten, dass unter dem Zuschlagskriterium "Kompetenz" auch Umweltaspekte beurteilt werden (AGVE 2002, S. 324).

3.2.

3.2.1.

In der öffentlichen Ausschreibung und in den Submissionsunterlagen hat die Vergabestelle einzig die Zuschlagskriterien Preis, Qualität und Referenzen mit einer Gewichtung von 50 %, 40 % und 10 % bekannt gegeben. Weitere Angaben zu den Zuschlagskriterien (Subkriterien, Bewertung) wurden nicht gemacht. Im Rahmen der Bewertung wurde das mit 40 % gewichtete Zuschlagskriterium "Qualität" in die beiden je mit 20 % gewichteten Subkriterien "Qualität" und "Wertschöpfung Schweiz" unterteilt. Unter dem Subkriterium "Qualität" wurde bewertet, ob das Produkt aus der gleichen Firma stammt. Ob hier allenfalls auch noch weitere (qualitative) Gesichtspunkte beurteilt wurden, ist nicht bekannt. Den Akten und den Eingaben der Vergabebehörde lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen. Beim Subkriterium "Wertschöpfung Schweiz" wurde der pro-

zentuale Anteil der Herstellung in der Schweiz ermittelt; entsprechend der Höhe des Anteils wurden Rangpunkte vergeben. Der Begriff "Wertschöpfung Schweiz" entspricht gemäss der Vergabebehörde dem Begriff "Qualität Schweiz". Für die Bewertung beim Zuschlagskriterium "Qualität" entscheidend war laut Vergabestelle, "dass das Produkt die 'Qualität Schweiz' hat und aus der gleichen Firma stammt".

3.2.2.

Sowohl beim unter dem Subkriterium "Qualität" bewerteten Aspekt der Auftragserfüllung durch eine Firma (die Beschwerdeführerin spricht hier zutreffend von der "Leistung aus der Hand eines Unternehmens") als auch beim Teilkriterium "Wertschöpfung Schweiz" handelt es sich um Gesichtspunkte, mit deren Berücksichtigung und Bewertung die Anbietenden beim Zuschlagskriterium "Qualität" vernünftigerweise nicht rechnen mussten. Bei einem Lieferauftrag wie dem vorliegenden ist unter dem Zuschlagskriterium "Qualität" in erster Linie die Qualität des zu beschaffenden Produktes (Material, Ausführung, Übereinstimmung mit der technischen Spezifikation, Leistung, Verfügbarkeit etc.) selber zu beurteilen. Ob die zu beschaffende Förderbandanlage zum Transport von Wandkies von einem einzelnen Unternehmen hergestellt und geliefert wird oder von mehreren, beeinflusst die Qualität der Förderbandanlage als solche nicht. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die Herstellung der Anlage in der Schweiz oder im Ausland. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle ist die Herstellung in der Schweiz nicht per se mit einer höherwertigen Qualität gleichzusetzen, die es erlauben würde, bei im Ausland hergestellten Produkten von vornherein und generell einen Bewertungsabzug vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin weist – zumindest für den vorliegenden Fall – völlig zu Recht darauf hin, dass es hinsichtlich Qualität der Leistung in keinsten Weise erheblich sein könne, ob das Produkt in der Schweiz oder in Deutschland hergestellt worden sei.

Weder die öffentliche Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen enthalten im Übrigen einen Hinweis, dass die genannten beiden Gesichtspunkte bei der Bewertung der Angebote von Bedeutung sein würden. Der Umstand, dass im Leistungsverzeichnis

bei den einzelnen Positionen jeweils auch nach dem Herstellerort / Herstellerland gefragt wurde, lässt sich jedenfalls nicht dahingehend interpretieren, dass der Ort der Herstellung für die Qualitätsbewertung von Bedeutung sein würde. Mithin handelt es sich um vergabefremde Aspekte, die sich – wie ausgeführt – weder dem Zuschlagskriterium "Qualität" noch einem anderen in der vorliegenden Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterium zuordnen lassen. Ihre Berücksichtigung bei der Bewertung verbietet sich vorliegend daher alleine schon aufgrund des Transparenzgebots, welches unter anderem auch verlangt, dass die Anbieter aufgrund der Ausschreibung erkennen können, was die Vergabebehörde unter den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien genau versteht und welche Aspekte sie dabei zu bewerten gedenkt (vgl. AGVE 2005, S. 248 ff.; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 624).

Die beim Zuschlagskriterium "Qualität" gemachten Punkteabzüge beim Angebot der Beschwerdeführerin erweisen sich damit als unzulässig.

3.3.

3.3.1.

Es stellt sich zudem die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der beiden genannten Subkriterien.

3.3.2.

In Bezug auf das streitige Kriterium "Anteil Wertschöpfung in der Schweiz" ist festzuhalten, dass sich die Wirtschaftlichkeit des Angebots stets am Nutzen des Beschaffungsobjekts selbst zu messen hat. Ein fiskalisches Vorteil, der sich für den Staat aus einer Vergabe an schweizerische Unternehmen ergeben könnte, ist dementsprechend kein Kriterium, das für die Ermittlung des günstigsten Angebots berücksichtigt werden darf. Im Weiteren gewährleistet das Submissionsrecht die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter (vgl. § 1 Abs. 1 SubmD, Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB, Art. 11 lit. a IVöB; ferner Art. 5 Abs. 1 BGBM, Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB, Art. III Ziffer 1 des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994

[Government Procurement Agreement, GPA; SR 0.632.231.422], Art. 6 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 [BilatAbk; SR 0.172.052.68]). Das betrifft sowohl die Gleichbehandlung der in- und ausländischen Anbieter als auch die Gleichbehandlung der inländischen Anbieter untereinander. Der Auftraggeber darf somit keine Kriterien wählen, die eine ungleiche Behandlung der Anbieter nach sich ziehen können. Massnahmen, welche die Sicherung von Wertschöpfungsanteilen in der Schweiz beinhalten, sind weder mit der schweizerischen Gesetzgebung noch mit dem Staatsvertragsrecht (GPA, BilatAbk) zu vereinbaren. Daraus erhellt, dass die Begünstigung oder Benachteiligung von Anbietern auf der Basis der Herkunft von Erzeugnissen oder Dienstleistungen nicht zulässig ist. Der Auftraggeber darf demzufolge den wirtschaftlichen Nutzen der zu prüfenden Angebote nicht aufgrund des Kriteriums "Anteil Wertschöpfung in der Schweiz" bestimmen (vgl. zum Ganzen auch die Interpellation 00.3120 von Nationalrat Paul Kurrus vom 23. März 2000 und die Antwort des Bundesrates vom 19. Juni 2000, in: Curia Vista – Geschäftsdatenbank der Bundesversammlung http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20003120). Ein Kriterium "(Anteil) Wertschöpfung in der Schweiz" ist mithin ein unzulässiges vergabefremdes Kriterium.

Soweit die Vergabebehörde den Begriff "Wertschöpfung Schweiz" mit "Qualität Schweiz". bzw. "Qualitätsmerkmal Schweiz" gleichsetzen will, kann grundsätzlich auf die bereits in Erw. 3.2.2. gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die Qualität der Leistung – hier der offerierten Förderbandanlagen – ist bei jedem Angebot vor dem Hintergrund der nachgefragten Leistung / Produkte und deren Spezifikationen ungeachtet der Herkunft zu prüfen und zu bewerten. Allfällige Bewertungsabzüge bei der Qualität müssen sich sachlich begründen lassen. Die Fabrikation im Ausland bedeutet nicht per se schlechtere Qualität. Deshalb ist es nicht zulässig, bei im Ausland hergestellten Produkten generell und ohne konkrete Prüfung auf eine mindere Qualität zu schliessen und alleine wegen der Herstellung im Ausland beim Zuschlagskriterium "Qualität" einen

Bewertungsabzug zu machen. Ein solches Vorgehen verstösst gegen das Gebot der Gleichbehandlung und stellt Diskriminierung ausländischer Produkte (und gegebenenfalls auch der ausländischen Anbieter) dar. Die Vergabestelle begründet im vorliegenden Fall nicht einmal ansatzweise, weshalb eine in der Schweiz hergestellte Förderbandanlage in qualitativer Hinsicht höherwertig sein soll als eine in Deutschland oder in einem anderen Land hergestellte Anlage.

3.3.3.

3.3.3.1.

Bei der weiteren unter dem Zuschlagskriterium "Qualität" beurteilten Anforderung, dass das Produkt bzw. die Anlage (Stahlbau und Förderband) "aus der gleichen Firma" stammen muss, handelt es sich ebenfalls um einen Aspekt, der mit der Qualität des Produkts an sich nichts zu tun hat, und infolgedessen nicht bei diesem Zuschlagskriterium beurteilt werden darf, schon gar nicht ohne entsprechende vorgängige Bekanntgabe in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. oben Erw. 3.2.2.). Es ist nicht nachvollziehbar und wird von der Vergabestelle denn auch nicht begründet, weshalb die Qualität einer Anlage grundsätzlich höher sein soll, wenn die Anlage durch eine Firma hergestellt wird. Die Vergabestelle begründet die Anforderung eines einzigen Herstellers vielmehr damit, dass es bei Unterhalt und Serviceleistungen / Reparaturarbeiten der Anlage, die eine Lebensdauer von 25 bis 30 Jahren habe, ein Nachteil sei, zwei verschiedene Ansprechpartner zu haben, man wolle dafür nur einen Ansprechpartner. Das Anliegen, für künftige Wartungs- und Reparaturarbeiten der gesamten Anlage einen einzigen, klar definierten Ansprechpartner zu haben, ist nachvollziehbar und erscheint auch sachlich begründet. Es wäre der Vergabestelle deshalb unbenommen gewesen, entsprechende Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zu machen und bei allfälligen Abweichungen auch Abzüge bei der Bewertung vorzunehmen. § 18 Abs. 2 SubmD nennt u. a. ausdrücklich die Zuschlagskriterien "Garantie- und Unterhaltsleistungen" oder "Kundendienst". Die Vergabebehörde hätte daher in der Ausschreibung ohne Weiteres ein Zuschlagskriterium "Unterhaltsleistungen" festlegen und in diesem Kontext auch verlangen können, dass für Unterhalt, Wartung und Reparaturen ein ein-

ziger Ansprechpartner gegeben sein muss. Diesfalls wäre für die Anbietenden von vornherein klar gewesen, dass dies für die Vergabebehörde ein entscheidender Punkt ist. Eine Berücksichtigung bei der "Qualität", wie es die Beschwerdeführerin vorliegend getan hat, ist hingegen nicht zulässig.

3.3.3.2.

Die Vergabestelle ist berechtigt, in den Ausschreibungsunterlagen die Bildung von Arbeitsgemeinschaften ausdrücklich auszuschliessen, wenn sie solche im konkreten Fall als unzweckmässig erachtet (§ 11 Abs. 3 SubmD). Unterlässt sie dies, so sind Arbeitsgemeinschaften zulässig. Die zugelassenen Arbeitsgemeinschaften sind gleich zu behandeln, wie die übrigen Anbieter. Dies folgt aus § 1 SubmD und dies schliesst es aus, Arbeitsgemeinschaften ungeachtet ihrer konkreten Organisation im Einzelfall generell und von vornherein schlechter zu bewerten als Einzelunternehmen (AGVE 2002, S. 347 f.).

Im vorliegenden Fall wurde kein Ausschluss von Arbeitsgemeinschaften bekannt gegeben. Demzufolge waren solche zugelassen. Mithin war die grundsätzliche Schlechterbewertung von Arbeitsgemeinschaften auch aus diesem Grund nicht zulässig.

Vorliegend ist zudem einzig die Beschwerdeführerin als Anbieterin in Erscheinung getreten, d. h. sie hat ein Angebot als "Einzelfirma" und nicht als Bietergemeinschaft eingereicht. In einer beigefügten "Erklärung" wird zwar festgehalten, im Auftragsfalle würde die Beschwerdeführerin eine "unechte" Arbeitsgemeinschaft mit der Firma A. AG eingehen. Gegenüber der Bauherrschaft sei die Firma P. rechtlich verbindlicher Vertragspartner. Das heisst, im Fall des Zuschlags würde der Vertrag einzig mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen und nicht mit einer Arbeitsgemeinschaft. Die A. AG wäre in Bezug auf die Auftraggeberin somit Subunternehmerin. Zwischen ihr und der Auftraggeberin entstünden mithin keine vertraglichen Beziehungen. Insofern kann der Auffassung der Vergabebehörde, sie sei beim Angebot der Beschwerdeführerin mit zwei verschiedenen Ansprechpartnern konfrontiert, zumindest in rechtlicher Hinsicht nicht gefolgt werden. Ihre Vertragspartnerin ist einzig die Beschwerdeführerin.

39 Freihändige Vergabe

- **Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe aufgrund technischer Besonderheiten, sofern diese sachlich begründet sind.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 21. Dezember 2009 in Sachen X. AG gegen Y. AG (WBE.2009.207).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Auch die öffentliche Auftraggeberin kann grundsätzlich frei bestimmen, 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). Die Vergabebehörde ist bei der Umschreibung des Gegenstandes einer Beschaffung also grundsätzlich frei. Die Anforderungen an eine Beschaffung erhalten jedoch eine vergaberechtliche Bedeutung, soweit sie Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den potenziellen Anbietenden zeitigen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Umschreibung des Vergabeobjekts dazu führt, dass für die betreffende Beschaffung nur noch eine einzige oder sehr wenige Anbietende bzw. ein bestimmtes Fabrikat in Frage kommen. Bei dieser Sachlage ist zu prüfen, ob der Zweck der Beschaffung eine derartige Einschränkung der Wahlfreiheit rechtfertigt. Der Vergabebehörde erwächst somit hinsichtlich der Anforderungen an das Beschaffungsobjekt eine Begründungspflicht in dem Mass, als ihre Leistungsanforderungen den Kreis der möglichen Anbietenden einschränken. Kommt aufgrund der Anforderungen nur noch ein bestimmtes Produkt oder ein einzelner Anbieter in Frage, so ist auf die – in diesem Fall sinnlose – Ausschreibung zu verzichten und die Vergabe freihändig durchzuführen. Das ist jedoch nur zulässig, wenn einer der submissionsrechtlich vorgesehenen Ausnahmetatbestände (vgl. § 8 Abs. 3 SubmD; § 9 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB) erfüllt

ist; die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände liefern daher auch den Massstab für die Festlegung einschränkender Produkteanforderungen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2008 [VB.2008.00347], Erw. 6.1; ferner Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 207 ff. mit Hinweisen).

In diesem Rahmen ist es der Vergabestelle erlaubt, bei der Ausschreibung eines Vorhabens durch sog. technische Spezifikationen gewisse technologische Mindestanforderungen (bezüglich Qualität, Ausstattung, Ästhetik, Service usw.) 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 – im Hinblick auf einen wirksamen Wettbewerb – nicht dazu dienen, gezielt bestimmte Anbieter ohne sachliche Notwendigkeit zu bevorzugen oder zu benachteiligen (Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 2000 [2P.282/1999], Erw. 3; AGVE 1998, S. 404 ff.; vgl. auch § 1 Abs. 1 SubmD sowie Art. 13 lit. b IVöB).

In die der Vergabestelle bei der Festlegung ihres Bedarfs zustehende Entscheidungsfreiheit darf das Verwaltungsgericht nicht eingreifen, soweit diese nicht rechtsverletzend ausgeübt wurde.

2.2.

Die Gründe, welche die Y. AG vorliegend für die Beschaffung eines 3 Tesla-MRI-Gerätes mit einer Dimensionierung der Magnetöffnung von 70 cm vorbringt, sind ohne Weiteres nachzuvollziehen. Es leuchtet ein, dass die Vergabestelle als Ergänzung zum bereits vorhandenen MRI-Gerät ein technisch möglichst modernes und für die Patienten komfortableres Gerät anschaffen will, welches auch die Untersuchung von Patientengruppen mit speziellen Bedürfnissen (Patienten mit Platzangst, Schwangere etc.) erleichtert oder im Fall von stark adipösen Patienten sogar erst ermöglicht. Das Anliegen der Vergabestelle, mit einem aufgrund der grösseren Röhrenöffnung komfortableren und patientenfreundlicheren Gerät wettbewerbsfähig zu bleiben und auch neue Patienten hinzu zu gewinnen, erscheint ebenfalls ohne Weiteres sachlich haltbar. Ob die grössere Röhren-

öffnung sich, wie von der Beschwerdeführerin behauptet und von der Vergabestelle dezidiert verneint, negativ auf die Bildqualität auswirkt, ist dabei nicht relevant. Auch wenn dieser Einwand zutreffen sollte, fällt der Entscheid darüber, ob zugunsten grösserer Einsatzmöglichkeiten und eines grösseren Patientenkomforts gewisse Einbussen bezüglich der Bildqualität hingenommen werden, in die vom Verwaltungsgericht zu respektierende Entscheidungsfreiheit der Vergabebehörde. Der von der Vergabestelle verlangte Durchmesser der Magnetöffnung von 70 cm erscheint als eine sachlich begründete und demzufolge zulässige technische Spezifikation. Eine diskriminierende und damit rechtsverletzende Spezifizierung des Beschaffungsobjekts ist trotz der damit verbundenen Beschränkung des Anbieterkreises nicht gegeben.

2.3.

Ebenfalls nachvollziehbar ist im vorliegenden Fall das Bedürfnis der Vergabestelle nach einem MRI-Gerät vom Hersteller des bereits vorhandenen MRI-Gerätes L. im Hinblick auf den vorgesehenen Personaleinsatz, wonach das zuständige radiologische Fachpersonal entsprechend dem Betriebskonzept im Rotationsprinzip sowohl in C. als auch in D. eingesetzt wird und beide Geräte zu bedienen hat. Die Argumentation, dass das parallele Betreiben von zwei MRI-Geräten verschiedener Hersteller mit unterschiedlicher Benutzeroberfläche und unterschiedlichem Spulenkonzept erhöhten Personalaufwand, aber auch ein erhöhtes Fehlerpotential mit sich brächte, lässt sich jedenfalls nicht als sachlich unbegründet von der Hand weisen.

2.4.

Gemäss § 8 Abs. 3 lit. d SubmD ist eine freihändige Vergabe dann zulässig, wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags nur eine Person als Anbietende in Frage kommt und es keine angemessenen Alternativen gibt (vgl. AGVE 2001, S. 317). Wie vorstehend ausgeführt, erweist sich die Vorgabe eines Magnetöffnungsdurchmessers von 70 cm als auf sachlichen und objektiv nachvollziehbaren Gründen beruhende zulässige technische Spezifikation. Demzufolge ist auch das Vorliegen einer technischen Besonderheit im Sinne von § 8 Abs. 3 lit. d SubmD zu bejahen und ein MRI-Gerät mit einem Röhrendurchmesser von lediglich 60 cm stellt

im Hinblick auf die genannten nachvollziehbaren Gründe für den grösseren Durchmesser gerade keine angemessene Alternative dar.

Die Y. AG begründet die freihändige Beschaffung des 3 Tesla-MRI-Gerätes gestützt auf § 8 Abs. 3 lit. d SubmD anstelle einer öffentlichen Ausschreibung des Auftrags, wie ursprünglich geplant, damit, dass sich mit V. lediglich eine Anbieterin auf dem Markt befinde, die MRI-Geräte mit dem von ihr verlangten Magnetöffnungsdurchmesser von 70 cm anbiete. Eine (öffentliche) Ausschreibung mit einem Muss-Kriterium "Röhrengrosse 70 cm" sei deshalb sinnlos. Aus den Akten ergibt sich, dass die Vergabestelle ursprünglich beabsichtigt hat, ein offenes Submissionsverfahren durchzuführen und offensichtlich erst im Verlauf der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen festgestellt hat, dass in Bezug auf 3 Tesla-Geräte lediglich eine Anbieterin, nämlich V., ihrer Anforderung bezüglich einer Magnetöffnung von 70 cm überhaupt zu entsprechen vermag. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, die Darstellung der Vergabestelle betreffend die Marktsituation bzw. die Verfügbarkeit von 3 Tesla-MRI-Geräten mit der geforderten Magnetöffnung von 70 cm in Frage zu stellen. Die Beschwerdeführerin ihrerseits jedenfalls bestreitet nicht, dass ihre Geräte eine kleinere Magnetöffnung (60 cm) aufweisen und sie keine MRI-Geräte mit dem verlangten Röhrendurchmesser liefern kann. Ist sie nicht in der Lage, die – wie ausgeführt – zulässigerweise geforderte technische Spezifikation zu erfüllen, kommt sie für eine Zuschlags- bzw. Auftragserteilung von vornherein nicht in Betracht. Aus der Durchführung eines Verfahrens mit öffentlicher Ausschreibung könnte sie für sich daher keinen Nutzen ziehen, da sie selbst nicht in der Lage wäre, ein den technischen Spezifikationen entsprechendes, ausschreibungskonformes Gerät anzubieten.

40 Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts und Schadenersatz gemäss § 38 SubmD; Praxisänderung zu AGVE 2003, S. 274

- Die Haftungs- und Zuständigkeitsnorm des SubmD ist auch auf rechtswidrige Vergaben unterhalb des GATT-Bereichs anwendbar.
- Eigenleistungen, Parteikosten und vorprozessuale Anwaltskosten als Schadenersatz.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 30. Juni 2009 in Sachen K.P. gegen Gemeinde X. (WKL.2007.1).

Aus den Erwägungen

- I.
- 2.
- 2.1.

Gemäss § 38 Abs. 1 SubmD haftet die Vergabestelle für Schäden, die sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Das Schadenersatzbegehren ist gemäss § 38 Abs. 3 SubmD innert Jahresfrist, nachdem die Rechtswidrigkeit in einem Beschwerdeentscheid festgestellt worden ist, bei der Beschwerdeinstanz einzureichen. § 38 SubmD ist systematisch unter den zusätzlichen Bestimmungen eingereiht, die für Vergaben zur Anwendung kommen, die die Schwellenwerte für die Anwendung des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen oder des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens erreichen (siehe § 29 ff. SubmD). Unter diesem Gesichtspunkt hat das Verwaltungsgericht in einem publizierten Urteil vom 27. Juni 2003 ohne nähere Begründung ausgeführt, dass für rechtswidrige Vergaben, die nicht dem GATT-Abkommen unterstehen, die spezialgesetzliche Schadenersatzregelung von § 38 SubmD nicht zur Anwendung gelange (VGE IV/19 vom 27. Juni 2003 [KL.2001.00004], Erw. 2.d.dd, in: AGVE 2003, S. 274).

- 2.2.

Die Klägerin macht unter Bezugnahme auf die Materialien geltend, ein genereller Ausschluss eines öffentlich-rechtlichen Schadenersatzanspruchs einer widerrechtlichen Vergabe verstosse gegen Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVöB. Das Bundesrecht verlange, dass der widerrechtlich um den Auftrag gebrachte Anbieter, auch unterhalb der GATT-Schwellenwerte, einen öffentlich-rechtlichen Schadenersatzanspruch habe. Die vom Verwaltungsgericht erwogene Unterscheidung der Zuständigkeiten für vergaberechtliche

Schadenersatzansprüche, allein gestützt auf die Schwellenwerte, sei weder sachgerecht noch prozessökonomisch. Die Beklagte schliesst sich diesem Standpunkt an.

2.3.

Die sachliche Zuständigkeit hat das Verwaltungsgericht von Amtes wegen zu prüfen. Diese zwingende Regelung kann weder durch Parteivereinbarung noch durch Einlassung abgeändert werden (AGVE 1996, S. 173).

Die Beurteilung dieser Frage rechtfertigt eine Besetzung mit fünf Richtern (§ 46 GOD) unter Mitwirkung des Präsidenten der 3. Kammer (§ 7 des Reglements des Verwaltungsgerichts über die Geschäftsverteilung).

2.4.

Das Verwaltungsgericht schloss aus den Materialien zur systematischen Eingliederung von § 38 SubmD (im 2. Teil des Submissionsdekrets), ohne nähere Begründung, die Anwendung dieser spezialgesetzlichen Regelung auf Vergaben, die nicht dem GATT-Abkommen unterstehen, aus. Diese Auffassung hält einer näheren Prüfung nicht stand.

2.4.1.

Die systematische Einordnung von § 38 SubmD im 2. Teil des Submissionsdekrets lässt sich aus der Entstehungsgeschichte des Dekrets erklären. Noch im Vernehmlassungsentwurf des Regierungsrates vom 1. Dezember 1995 war die Schadenersatzklage des widerrechtlich unberücksichtigten Anbieters im Allgemeinen Teil geregelt. Regierungsrat Pfisterer hat in der Kommissionsberatung zur Verschiebung folgendes ausgeführt:

"Die fragliche Bestimmung war ursprünglich dem Allgemeinen Teil zugeordnet, was jedoch im Vernehmlassungsverfahren auf erheblichen Widerstand stiess. Es wurde geltend gemacht, dass es unnötig sei, den Anwendungsbereich dieser GATT-Regeln auf die Vergabe, die nicht dem Besonderen Teil unterstehen, auszudehnen. Diesen Einwänden hat man Rechnung getragen. Sollte sich die Bestimmung in der Praxis bewähren, wird es aber kein Problem sein, diese wieder in den Allgemeinen Teil zu verlegen. Im Übrigen kennt auch der Bund eine solche Zweiteilung."

(Protokoll der 3. Sitzung der nichtständigen Kommission Nr. 19 vom 4. September 1996, S. 28).

Das Motiv, die Schadenersatzregelung nur auf den GATT-Bereich, nicht aber auf die übrigen Vergaben anzuwenden, erscheint bei näherer Prüfung jedoch nicht schlüssig. § 38 SubmD enthält nicht nur eine spezielle Rechtsschutzbestimmung für die vergaberechtliche Verantwortlichkeit (Abs. 1 und 2), sondern im Abs. 3 auch eine Zuständigkeitsbestimmung. Umstritten war in den Beratungen der Anwendungsbereich der GATT-Regeln, nicht aber die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Beurteilung von Schadenersatzklagen. Mit der Verschiebung der Bestimmung aus dem allgemeinen Teil wurde und konnte die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht ausgeschlossen werden. Aufgrund des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 (VG; SR 170.32) und unmittelbar aus § 75 Abs. 2 KV haften der Kanton und die Gemeinden für widerrechtlich - und ausnahmsweise für rechtmässig - zugefügten Schaden. Der Hinweis auf eine bundesrechtliche Zweiteilung des Rechtsschutzes bei widerrechtlichen Vergaben ist zudem nicht korrekt. Im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) ist die Regelung betreffend Schadenersatzansprüche nach der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Vergabeverfügung (Art. 34 BoeB) einheitlich geregelt. Nur in den Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit einer Vergabe nicht im (Feststellungs-) Verfahren nach Art. 32 Abs. 2 oder Art. 33 BoeB festgestellt worden ist, kommt das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes zur Anwendung (Art. 34 Abs. 3 BoeB; vgl. hierzu die Entscheide der Eidgen. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 18/00 Erw. 4.a und BRK 5/01 Erw. 3.b; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 942). Keine Unterschiede bestehen hinsichtlich der zuständigen Instanz für die vergaberechtlichen Schadenersatzklagen (Art. 35 BoeB).

2.4.2.

§ 27 Abs. 2 SubmD sieht auch für die Vergaben unterhalb der GATT-Schwellenwerte ausdrücklich einen Feststellungsentscheid zu

einer widerrechtlichen Vergabe im Beschwerdeverfahren vor. Ein solcher Feststellungsentscheid macht jedoch nur Sinn, wenn in einem (anschliessenden) vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz (siehe dazu Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Fribourg 2004, Rz. 388) über die Schadenersatzansprüche entschieden wird. Einen sekundären Rechtsschutz haben die Kantone nach Art. 18 Abs. 2 IVöB und Art. 9 Abs. 3 BGBM implizit zu gewährleisten (Beyeler, a.a.O., Rz. 565 f.; BGE 132 I 86 Erw. 3.2 und Urteil des Bundesgerichts vom 31. Januar 2002 [2P.218/2001], Erw. 2.3). Noch in der Botschaft vom 22. Mai 1996 wurde denn auch festgehalten, dass die Schadenersatzregelung in der IVöB vorgesehen ist (Botschaft des Regierungsrates vom 22. Mai 1996 [Nr. 7274], S. 20). Die blosser Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Vergabe vermag diesen Anforderungen nicht zu genügen.

Der Feststellungsentscheid als (blosse) Grundlage für eine Haftung der Vergabestelle nach dem Verantwortlichkeitsgesetz ist aus verschiedenen materiellen Gründen problematisch. § 2 VG regelt die Haftung von Kanton und Gemeinden, und bereits seine Anwendung auf die Haftung der selbständigen Staatsanstalten ist fraglich (siehe § 4 VG), geschweige denn, dass sämtliche Vergabestellen gemäss § 5 SubmD unter das Verantwortlichkeitsgesetz fallen würden. Eine kantonale Regelung in Anwendung von Art. 59 ZGB, wonach in diesen Fällen das Bundeszivilrecht als kantonales Recht gelten würde (siehe dazu BGE 96 II 337 Erw. 4.a), fehlt. Auch in der materiellen Rechtsanwendung führte diese Rechtsweggabelung mit dem Wechsel der Anspruchsgrundlagen zu heiklen Fragestellungen. So kennt das Verantwortlichkeitsgesetz die Haftungsbeschränkung des § 38 Abs. 2 SubmD nicht, verlangt aber vom Geschädigten den Nachweis eines Verschuldens (§ 2 VG). Offen ist im Weiteren, ob die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Vergabe durch das Verwaltungsgericht als qualifizierte Widerrechtlichkeit im Sinne des Verantwortlichkeitsgesetzes genügt (BGE 123 II 577 Erw. 4.d).

Bei der Verschiebung der Bestimmungen über den sekundären Rechtsschutz in den 2. Teil des Submissionsdekrets hat der Gesetzgeber offensichtlich nicht bedacht, dass die damit beabsichtigte

Folge, kein Schadenersatzanspruch aus der Widerrechtlichkeit einer Vergabe, nicht möglich ist, sondern nur zu einer komplizierten, wenig praktikablen Änderung der Anspruchsgrundlagen mit nicht zu rechtfertigenden Unterschieden im Haftungsumfang, den Haftungsvoraussetzungen und der Rechtsstellung des Geschädigten wie der Vergabestelle unterhalb des GATT-Bereichs führt. In den Beratungen des Grossen Rates wurden diese Bestimmungen denn auch diskussionslos genehmigt (Protokoll des Grossen Rates vom 26. November 1996 [Art. 1995], S. 622). Beim Erlass des Submissionsdekrets wollte der Gesetzgeber eine möglichst praxisfreundliche Umsetzung der vielfältigen übergeordneten Regelungen (Botschaft, S. 4). Die systematische Stellung von § 38 SubmD weist damit nach den Ziel- und Wertvorstellungen des Gesetzgebers sowie den bundesrechtlichen und kantonalrechtlichen Vorgaben eine planwidrige Unvollständigkeit, eine echte Lücke, auf. Anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber anders legiferiert hätte, wäre er sich der Rechtslage und der Folgen dieser Verschiebung bewusst gewesen (AGVE 2001, S. 352). Das Fehlen des subsidiären vergaberechtlichen Rechtsschutzes im Allgemeinen Teil des SubmD (Erster Teil, §§ 1 ff. SubmD) bedeutet eine ausfüllungsbedürftige Lücke und keine bewusst negative Antwort des Gesetzes (dazu BGE 131 II 562 Erw. 3.5 mit Hinweisen; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 234). Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass § 38 SubmD entgegen seiner systematischen Stellung im 2. Teil des Submissionsdekrets auf alle Fälle anzuwenden ist, in denen im Beschwerdeverfahren nach § 24 SubmD ein Feststellungsentscheid über eine rechtswidrige Vergabe vorliegt. Eine Rechtsanwendung mit unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen lässt sich mit dem Willen des Gesetzgebers und den bundesrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang bringen. Nur eine analoge Anwendung von § 38 SubmD auch unterhalb des GATT-Bereichs ist mit dem Ziel und Zweck des sekundären Rechtsschutzes im Vergaberecht sachgerecht vereinbar (BGE 131 III 61 Erw. 2.2 mit Hinweisen). Die gleichgelagerten sachlichen Verhältnisse und der nämliche Regelungszusammenhang rechtfertigen diesen Analogieschluss (BGE 130 V 71 Erw. 3.2.1). Entgegen der Rechtsprechung in

AGVE 2003, S. 274 ist daher § 38 SubmD auch auf rechtswidrige Vergaben unterhalb des GATT-Bereichs anwendbar.

2.4.3.

Folge dieser Rechtsanwendung ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gemäss § 38 Abs. 3 SubmD. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts war in der Rechtsetzung unumstritten und entspricht dem Grundsatz, dass Haftungsklagen aus öffentlichem Recht mit verwaltungsgerichtlicher Klage geltend zu machen sind (siehe Entwurf Haftungsgesetz vom 24. März 2009, § 11).

3.-5. (...)

II.

1.-2. (...)

3.

3.1.-3.4. (...)

3.5.

Die Klägerin macht im Zusammenhang mit den Eigenleistungen in den Beschwerdeverfahren einen Schaden von Fr. 5'252.05 (Fr. 4'881.10 + 7,6% MWSt) geltend. Die Beklagte ist der Meinung, die Geltendmachung von Aufwendungen im Zusammenhang mit den Rechtsmittelverfahren sei der Klägerin u.a. verwehrt, weil ungedeckte Parteikosten aus einem Rechtsmittelverfahren nicht Schaden im Sinne von § 38 Abs. 2 SubmD sei.

3.5.1.

Gemäss § 38 Abs. 2 SubmD sind dem geschädigten Anbieter, nebst den Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der Offertenunterlagen, auch die Aufwendungen für das Rechtsmittelverfahren zu ersetzen. Ersatzpflichtige Aufwendungen im Beschwerdeverfahren sind jene Leistungen, welche im Hinblick auf den Primärrechtsschutz erbracht und nutzlos geworden sind (AGVE 2003, S. 273). Wurde das Submissionsverfahren nach der Aufhebung des Zuschlags rechtswidrig abgebrochen, waren auch die notwendigen Kosten für das Beschwerdeverfahren vergeblich. Die Klägerin ist somit in der gleichen Lage, wie wenn das Verfahren vor dem Zuschlag nicht weitergeführt wurde. Somit umfasst der Entschädigungsanspruch aus § 38 Abs. 2 SubmD alle Aufwendungen des Anbieters für ein Submissionsverfahren vom Angebot bis zum Abbruch

des Submissionsverfahrens, somit auch für die Leistungen und Bemühungen in Beschwerdeverfahren, welche zur Aufhebung des Zuschlags führten. Prozessual tritt diese Rechtsfolge schon mit der Rückweisung durch das Verwaltungsgericht ein (§ 58 aVRPG).

Als Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren qualifizierte die Lehre unter anderem auch die Löhne der Angestellten des Anbieters, welche an der Beschwerdeführung mitwirken (Beyeler, a.a.O., Rz. 634; Peter Gauch, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes - Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, in: ZSR 1999 I, S. 330). Soweit die Aufwendungen der Klägerin nicht als nutzlos zu betrachten sind, ist kein Grund ersichtlich, diese Aufwendungen nicht als Schadenersatzposten dazuzurechnen. Für die Instruktion des Anwalts und die Zusammenstellung der Unterlagen für eine Beschwerde erbrachte Leistungen sind daher ersatzfähig, wenn diese vernünftigerweise erforderlich waren, um das Rechtsmittelverfahren mit Aussicht auf Erfolg vorzubereiten und durchzuführen.

3.5.2.

Die Leistungen in den Beschwerdeverfahren beziffert die Klägerin mit Fr. 5'252.05 (siehe vorne Erw. 3.5). Dieser Aufwand wird mit rund 14 Stunden des 'Leitenden Ingenieurs' und rund 13 Stunden des 'Erfahrenen Ingenieurs' für die beiden Beschwerdeverfahren begründet und umfasst gemäss Leistungsjournal mehrere Besprechungen mit dem Anwalt, das Aktenstudium und das Bereitstellen der Unterlagen für die Beschwerden. Der Aufwand erscheint weder unnötig noch wird ein Aufwand geltend gemacht, der bei verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren in Submissionsstreitigkeiten als unüblich erscheint. Substantiierte Einwendungen gegen die ausgewiesenen Stunden und Spesen werden auch von der Beklagten nicht erhoben. Es rechtfertigt sich daher, die ausgewiesenen Stunden und Spesen für die Beschwerdeverfahren der Schadensberechnung zugrunde zu legen. Ohne Mehrwertsteuer und nach Abzug der 15% (siehe vorne Erw. 3.4.3) beträgt der ausgewiesene Schaden für das Beschwerdeverfahren demnach Fr. 4'148.95 (4'881.10 ./ 15%).

3.5.3.

Diese Schadenersatzforderung ist, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht Teil der Parteientschädigung und auch nicht mit der Kostenverlegung in den beiden Beschwerdeentscheiden rechtskräftig entschieden. Die Parteientschädigung gemäss § 36 Abs. 2 aVRPG umfasst nur die Kosten der Vertretung, Verbeiständung oder Beratung nicht aber die sog. Parteikosten (AGVE 2001, S. 583 mit Hinweis; siehe auch die besondere Regelung für die Zivilverfahren in § 31 VKD).

3.6. (...)

3.7.

Die Klägerin macht bei ihrer Schadenersatzforderung für die Leistungen auch den Betrag für die Mehrwertsteuer geltend. Nach Art. 5 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer vom 2. September 1999 (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20) unterliegen Lieferungen und Dienstleistungen der Mehrwertsteuer nur, wenn sie gegen Entgelt erbracht werden. Die Entgeltlichkeit erfordert einen Leistungsaustausch zwischen dem steuerpflichtigen Leistungserbringer und dem Empfänger. Findet bei einer Schadenersatzzahlung kein Leistungsaustausch statt, liegt auch keine mehrwertsteuerrechtliche Aktivität vor. Massgeblich ist, dass die Entschädigung geschuldet ist, weil der Geschädigte gegen seinen Willen einen Schaden erlitten hat, der den Verantwortlichen zur Wiederherstellung des früheren Zustands verpflichtet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Januar 2008 [A-1539/2006], Erw. 2.2.2 mit weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Fall geht es darum den Schaden zu ersetzen, der durch die widerrechtlichen Verfügungen entstanden ist. Eine Gegenleistung der Klägerin ist dabei nicht geschuldet. Der zu bezahlende Schadenersatz ist somit keine mehrwertsteuerrechtliche Aktivität.

4.

4.1.

Die Klägerin macht sodann zusätzliche Kosten für ihre Rechtsvertretung in den beiden Beschwerdeverfahren geltend, da ihr die in den Verwaltungsgerichtsurteilen zugesprochenen, aufgrund des Streitwerts eher bescheiden ausgefallenen Parteientschädigungen

nicht vollständig gedeckt worden seien. Die Beklagte ist jedoch der Meinung, die Klägerin sei nicht berechtigt, ihren über die bereits rechtskräftig zugesprochene Parteientschädigung hinausgehenden Aufwand für die durchschrittenen Beschwerdeverfahren geltend zu machen. Die Frage der Parteientschädigung in den Beschwerdeverfahren sei rechtskräftig erledigt und könne vorliegend nicht mehr aufgegriffen werden.

4.2.

Die Lehre ist der Meinung, dass die Differenz zwischen den tatsächlichen Parteivertretungskosten und den zugesprochenen Parteientschädigungen in den Beschwerdeverfahren als Schadenersatz im Sekundärrechtsschutz geltend gemacht werden kann (statt vieler: Beyeler, a.a.O., Rz. 652 mit Hinweisen). § 38 Abs. 2 SubmD stellt entgegen der Meinung der Beklagten nicht bloss einen Verweis auf das Recht der Parteientschädigung dar. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Schadenersatzverfahren geregelt werden muss, dass im vorangehenden Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung geschuldet ist. Warum sollte auf etwas verwiesen werden, das in einem früheren Verfahren bereits entschieden wurde. Im Primärrechtsschutz ist es dem Beschwerdeführer verwehrt, Schadenersatz geltend zu machen. Die Aufwendungen für die Rechtsvertretung werden aufgrund des AnwT meistens nicht voll gedeckt. Die obsiegende Partei muss diesfalls einen Teil der Rechtsvertretungskosten selbst übernehmen. Für die Partei stellt dies eine Aufwendung im Rechtsmittelverfahren dar. Diese Aufwendungen aus nicht gedeckten Parteivertretungskosten können somit als (Rest-)Schaden im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden, geht es doch darum, das negative Interesse der Klägerin auszugleichen. Der Anspruch ist dabei auf den Teil der Parteikosten beschränkt, bei dem die Klägerin im Beschwerdeverfahren obsiegte. Die Aufwendungen hinsichtlich der Beschwerdeanträge, bei denen die Klägerin unterlag, waren nutzlos und sind nicht zu ersetzen. Daraus ergibt sich, dass der Klägerin aus dem Verfahren WBE.2005.212 ein Restschaden aus der Parteientschädigung von Fr. 3'783.50 zusteht. Für das Verfahren WBE.2006.24 ergibt sich ein Restanspruch von Fr. 379.30.

5.

5.1.

Die Klägerin macht vorprozessuale Anwaltskosten in Höhe von Fr. 824.90 geltend. Die Beklagte führt aus, die Klägerin könne - abgesehen von einer ihr allenfalls zuzusprechenden Parteientschädigung gemäss § 36 aVRPG - keine Aufwendungen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Klageverfahren gestützt auf § 38 SubmD geltend machen.

5.2.

Das Bundesgericht und die herrschende Lehrmeinung vertreten die Ansicht, dass die von einem Geschädigten aufgewendeten vorprozessualen Anwaltskosten einen Bestandteil des Schadens bilden, soweit sie nicht durch die nach kantonalem Verfahrensrecht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind (BGE 117 II 394, Erw. 3.a; Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2003 [4C.11/2003], Erw. 5; Alfred Bühler / Andreas Edelmann / Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, § 121 Rz. 16 mit Hinweisen).

Diese - als vorprozessuale Anwaltskosten geltend gemachte - Schadensposition betrifft die Aufwendungen des Rechtsvertreters der Klägerin im Zeitraum zwischen dem 15. November 2006 und dem 7. Dezember 2006. Sie betreffen Aufwendungen ausserhalb des Schadenersatzprozesses. Gemäss § 6 AnwT sind die vorprozessualen Kosten nicht gedeckt. Dieser Schaden ist somit als Schaden im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren zu ersetzen (Beyeler, a.a.O., Rz. 654 ff.). Auch das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren ist ein Rechtsmittelverfahren (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG, Diss. Zürich 1998, § 45 N 38). Die Kausalität zwischen dem entstandenen Schaden und der widerrechtlichen Verfügung ist zu bejahen, womit die Beklagte den geltend gemachten Schaden von Fr. 824.90 zu ersetzen hat.

VI. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

41 Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

- Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen gemäss § 241a Abs. 2 lit. a StPO im Vergleich zu lit. b (vgl. auch AGVE 2008, S. 207 ff.)

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 3. November 2009 in Sachen P.B. gegen Entscheid der Klinik Königsfelden betreffend Zwangsmedikation (WBE.2009.345).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Da die Klinik am 23. Oktober 2009 einen auf fünf Tage befristeten gültigen formellen Zwangsmassnahmen-Entscheid erlassen hat (wenn auch teilweise für bereits erfolgte Zwangsmassnahmen und zudem nicht auf dem für Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO vorgesehenen Formular), ist im Folgenden zu prüfen, ob die verfügte Zwangsmedikation (soweit sie nicht rückwirkend angeordnet wurde und unabhängig von der Notfallsituation vom 20. Oktober 2009) gesetzeskonform war, insbesondere soweit der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 23. Oktober 2009 bis zum 28. Oktober 2009 die Medikamente allenfalls unter Druck des Zwangsmassnahmen-Entscheidung oral eingenommen hat.

3.2.

Es stellt sich daher die Frage, ob die angeordnete Zwangsmedikation mit einem Neuroleptikum (Clopixol) mit dem konkreten Massnahmезweck vereinbar ist. Gemäss Urteil des Obergerichts vom 26. März 2009 wurde eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 59 StGB bestätigt, weil die Behandlung des Beschwerdeführers in einer vorwiegend medikamentösen Therapie bestehe, was

sowohl bei der wahrscheinlichsten Diagnose einer Schizophrenie wie auch bei der Diagnose einer Persönlichkeitsstörung zutreffe. Unter diesen Umständen ist eine neuroleptische Medikation auch gegen den Willen des Beschwerdeführers zweifellos mit dem Massnahmезweck vereinbar. Die medizinische Würdigung entspricht zudem den Ausführungen der behandelnden Ärztin vom 28. Oktober 2009, wonach beim Beschwerdeführer ein starker Verdacht auf zumindest vorübergehendes psychotisches Erleben bestehe. In diese Punkt ist die Beschwerde daher abzuweisen.

Der Vollständigkeit halber kann festgestellt werden, dass gemäss Verlaufsbericht der Klinik Königsfelden vom 29. Oktober 2009 eine Medikamenten-Änderung durchgeführt wurde (neu wurde Solian verordnet), womit sich der Beschwerdeführer einverstanden erklärt hat.

4.

Der Beschwerdeführer macht in seiner Eingabe sinngemäss geltend, es sei auf eine Medikation zu verzichten, das Verwaltungsgericht habe dies doch bereits entschieden. Diese Ausführungen treffen zu, allerdings war die rechtliche Ausgangslage beim Urteil vom 15. Juli 2008 ganz anders. Damals war der Beschwerdeführer im Haftstatus in der Klinik. Unter diesen Umständen 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. Diese strengen Voraussetzungen waren im Juli 2008 nicht erfüllt, weshalb die damalige Beschwerde gutgeheissen wurde (AGVE 2008, S. 207 ff.). Inzwischen wurde für den Beschwerdeführer jedoch eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB rechtskräftig angeordnet und diese wird seit dem 10. August 2009 in der Klinik Königsfelden vollzogen. Das Verwaltungsgericht kann daher gestützt auf § 241a Abs. 2 lit. a StPO heute nur noch überprüfen, ob die angefochtene Zwangsmedikation mit dem konkreten Massnahmезweck vereinbar ist, was zu bejahen ist.

VII. Sozialhilfe

42 Wiedererwägung; eigene Mittel

- **Die (materielle) Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen aufgrund eines Gesuchs um Wiedererwägung schliesst einen Prozessentscheid aus.**
- **Voraussetzung der Anrechnung eigener Mittel ist deren tatsächliche Verfügbarkeit.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 30. Juli 2009 in Sachen D.A. gegen den Regierungsrat des Kantons Aargau (WBE.2008.410).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Gemäss § 25 Abs. 1 aVRPG kann eine Verfügung oder ein Entscheid auf Gesuch eines Betroffenen durch die erstinstanzlich zuständige Behörde in Wiedererwägung gezogen werden, was bedeutet, dass die zuständige Instanz ihre ursprüngliche Verfügung aufhebt, den Fall neu beurteilt und anschliessend neu verfügt (AGVE 1994, S. 460; AGVE 1986, S. 165 mit Hinweisen). Eine Wiedererwägung kann sich nur auf eine erstinstanzliche Verfügung beziehen (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1830). Ist die Verfügung ursprünglich fehlerhaft, so wird die Änderung grundsätzlich ex tunc wirksam (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 1049). Ein neues Gesuch hingegen entfaltet seine Wirkung erst ab dessen Rechtshängigkeit.

Bei der Wiedererwägung handelt es sich grundsätzlich nicht um ein förmliches Rechtsmittel, sondern um einen blossen Rechtsbehelf, der weder an Fristen noch an eine bestimmte Form gebunden ist

(AGVE 1994, S. 460 mit Hinweisen). Ein Rechtsanspruch auf Wiedererwägung besteht lediglich dann, wenn neue, nach dem Erlass der ersten Verfügung oder der ersten Entscheidung entstandene Umstände angeführt werden, so dass ein völlig neues Gesuch vorliegt (BGE 113 Ia 152).

Anspruch auf Sozialhilfe besteht, sofern die eigenen Mittel nicht genügen und andere Hilfeleistungen nicht rechtzeitig erhältlich sind oder nicht ausreichen (§ 5 Abs. 1 SPG; Art. 12 BV; § 25 Abs. 2 lit. d KV). Der Anspruch auf die Sicherung des Existenzminimums schliesst mit ein, dass bedürftige Personen jederzeit ein neues Gesuch stellen können und die Abweisung eines Gesuchs grundsätzlich keine Rechtskraftwirkung für die Zukunft entfalten kann.

Das Recht, jederzeit ein Gesuch um materielle Hilfe zu stellen und einen Entscheid zu verlangen, steht wie jede Rechtsausübung unter dem Vorbehalt des Vertrauensgrundsatzes, des Rechtsmissbrauchsverbotes sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben. Im Verfahren vor den Sozialbehörden gelten die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (§ 58 Abs. 4 SPG) und der Grundsatz von Treu und Glauben, welcher für alle Verfahrensbeteiligten bei der Rechtsanwendung zur Anwendung kommt (§ 3 Abs. 2 Satz 1 aVRPG). Die Behörden sind zudem berechtigt, auf Eingaben, die auf missbräuchlicher Prozessführung beruhen, nicht einzutreten (§ 3 Abs. 2 Satz 2 aVRPG).

3.2. (...)

4.

4.1.

Der KSD wie auch der Regierungsrat des Kantons Aargau behandelten das Gesuch des Beschwerdeführers vom 20. Mai 2008 zwar als ein Wiedererwägungsgesuch, indessen prüfte der KSD mittels Anfragen bei der Postfinance, ob ein Geldtransfer aus Syrien in die Schweiz möglich sei. Auch für die Vorinstanz waren die Nachforschungen des KSD nach Einreichung des neuen Gesuchs um materielle Hilfe entscheidend, um den Anspruch auf Wiedererwägung zu verneinen.

4.2.

Bei der Prüfung des Gesuchs 19. März 2008 sah der KSD von weiteren Abklärungen zum Vermögen in Syrien ab und nahm diese erst mit dem Wiedererwägungsgesuch an die Hand. Die Vorinstanzen verkennen, dass der KSD mit seiner Anfrage bei der Postfinance den Inhalt der Verfügung vom 26. März 2006 materiell überprüfte und im Entscheid vom 16. Juni 2008 die fehlende Notlage des Beschwerdeführers vor allem mit den Abklärungen zur Verfügbarkeit der eigenen Mittel begründete. Die Prüfung der rechtzeitigen Verfügbarkeit der eigenen Mittel zur Behebung der Notlage war auch unabdingbar (siehe hinten Erw. 5) und insofern lagen auch neue Tatsachen vor, welche einen Anspruch auf Wiedererwägung begründeten (siehe vorne Erw. 3.1). Der KSD hat daher zu Recht die Verfügung vom 26. März 2008 inhaltlich überprüft und ist damit im angefochtenen Entscheid auch auf das Wiedererwägungsgesuch materiell eingetreten (AGVE 1994, S. 460 f.). Der Nichteintretensentscheid des KSD ist somit formell unrichtig; nach der Überprüfung und Bejahung der Transfermöglichkeiten hätte er das Gesuch formell abweisen müssen.

Die Beschwerde erweist sich damit schon aus formellen Gründen als begründet.

5.

5.1. (...)

5.2.

Wer objektiv in der Lage wäre, aus eigener Kraft die für das Überleben erforderlichen Mittel selber zu verschaffen, hat keinen Anspruch auf Sozialhilfe, da sich eine solche Person nicht in einer Notsituation befindet, auf welche das Recht auf Hilfe in Notlagen und damit auf Ausrichtung von Sozialhilfe zugeschnitten ist (§ 5 Abs. 1 SPG). Bei ihr fehlt es bereits an den Anspruchsvoraussetzungen (BGE 130 I 71 Erw. 4).

Soweit ein Sozialhilfebezüger über Vermögen verfügt, ist er gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich verpflichtet, dieses - unter Ansetzung einer angemessenen Frist - zu verwerten (§ 11 Abs. 3 SPG; siehe auch Felix Wolfers, Grundriss des Sozialhilfrechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 71 f., 155 f.). Zugestanden wird

unterstützten Personen lediglich der Vermögensfreibetrag von Fr. 1'500.-- pro Person, maximal jedoch Fr. 4'500.-- pro Unterstützungseinheit (§ 11 Abs. 4 i.V.m. § 32 SPV; siehe auch Wolffers, a.a.O., S. 155 f.). Unterbleibt die Verwertung nach Ablauf der angesetzten Frist, wird der daraus mutmasslich zu erzielende Erlös berücksichtigt (§ 11 Abs. 4 SPG). Massgebend ist aber immer, dass die hilfeschende Person die eigenen Mittel "rechtszeitig erhältlich" (§ 5 Abs. 1 SPG) machen kann.

Der Beschwerdeführer deklarierte mit seinem Gesuch um materielle Hilfe vom März 2008 ein "Barvermögen von 15'000.-- Dollar Syrien". Gestützt auf diese Angaben verneinte der KSD in der Verfügung vom 26. März 2008 die Notlage. Mit dem Wiedererwägungsgesuch vom 20. Mai 2008 machte der Beschwerdeführer geltend, er könne über dieses Vermögen nicht verfügen. Die eingeschränkten Zugriffsmöglichkeiten des Beschwerdeführers hätten Anlass zu Auflagen oder Weisungen zur Verwertung des Vermögens innert einer bestimmten Frist geben können, nicht aber zur Ablehnung des Gesuchs auf materielle Unterstützung. Das Vermögen befand sich in Syrien und der KSD war unter diesen Umständen verpflichtet, die näheren Umstände und die Zugriffsmöglichkeiten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Diese Überprüfung erfolgte, wie erwähnt, erstmals im Wiedererwägungsverfahren (siehe vorne Erw. 4) und mit dem Ergebnis, dass dem Beschwerdeführer ein Geldtransfer über die Firma "Western Union" möglich sei. Auch bei diesem Ergebnis war die Verweigerung der Nothilfe unrechtmässig, weil der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Entscheids seine Notlage nicht mit diesen eigenen Mitteln beheben konnte. Der Beschwerdeführer hat aufgrund der fehlenden zeitgerechten Verfügbarkeit des Vermögens vielmehr Anspruch auf materielle Unterstützung ab 17. März 2008.

Zusammenfassend erweist sich der Nichteintretensentscheid des KSD als unrechtmässig, weshalb die Verfügung des KSD vom 16. Juni 2008 sowie der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 3. Dezember 2008 in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben sind.

- 43 **Befristung der Sozialhilfe; Bedarfsdeckungsprinzip; eigenes Geschäft**
- **Die Auflage zur Liquidation eines eigenen (defizitären) Geschäfts verletzt die Wirtschaftsfreiheit nicht und ist auch nicht unverhältnismässig.**
 - **Aufgrund des Bedarfsdeckungsprinzips kann die materielle Hilfe befristet werden.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 6. April 2009 in Sachen C.P. und R.P. gegen das Bezirksamt Baden (WBE.2008.182).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

In ihrer Beschwerde wehren sich die Beschwerdeführer zunächst gegen die Befristung der Sozialhilfe. Sie lassen geltend machen, für diese Auflage gebe es keine gesetzliche Grundlage. Eine Befristung im Voraus sei für eine periodische Überprüfung der individuellen, konkreten und aktuellen Notlage nicht erforderlich. Der vorinstanzliche Entscheid stelle insofern auch eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips dar.

3.2.

Die Vorinstanz hielt fest, dass weder in den Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (herausgegeben von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe [SKOS-Richtlinien], 3. Auflage, Dezember 2000) noch in der aargauischen Sozialhilfegesetzgebung festgelegt sei, für welchen Zeitraum materielle Hilfe zuzusprechen ist bzw. in welchen Intervallen die Gemeinden den Anspruch auf materielle Hilfe zu prüfen haben. Es gelte das Bedarfsdeckungsprinzip für individuelle, konkrete und aktuelle Notlagen. In der Vernehmlassung vom 18. Juni 2008 bezeichnet die Vorinstanz die Befristung zudem als Steuerungsinstrument.

3.3.

In der Tat gibt es in der Sozialhilfegesetzgebung keine Bestimmung bezüglich der Dauer der zugesprochenen Hilfe. Aus dem We-

sen der Sozialhilfe ergibt sich jedoch, dass es keiner derartigen Bestimmung bedarf. Die SKOS hat das Bedarfsdeckungsprinzip in ihren Richtlinien verankert. Sozialhilfeleistungen werden nur für die Gegenwart und sofern die Notlage anhält für die Zukunft ausgerichtet (SKOS-Richtlinien, Kapitel A.4). Damit wird bereits gesagt, dass Sozialhilfe nur in Notlagen ausgerichtet wird. Wenn eine Veränderung der Verhältnisse – im vorliegenden Fall der Verkauf des Geschäfts (siehe hinten Erw. 4) – angeordnet wird, besteht die Möglichkeit, dass dadurch die Notlage vermindert oder gar beseitigt werden kann. Zum Zeitpunkt der Veränderung bedarf es in jedem Fall einer Neu beurteilung. Die Befristung ist demzufolge keinesfalls unverhältnismässig. Nicht zuletzt wird damit auch der Anordnung Nachdruck verliehen und klargestellt, dass die Unterstützung nicht für eine unbeschränkte Dauer ausgerichtet wird.

4.

4.1.

Weiter lassen die Beschwerdeführer rügen, die Auflage bzw. Anweisung, das Geschäft sei zu liquidieren, sei verfassungswidrig und beruhe auf unrichtiger und unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Um sich intensiv nach einer lukrativen Tätigkeit umzusehen, sei es nicht erforderlich, das Geschäft zu liquidieren. Der immerhin kostendeckende Betrieb könne gut parallel zur Jobsuche (...) weitergeführt werden. Mangels Erforderlichkeit liege also eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips vor. Der Beschwerdeführer werde in seinem Alter und mit seinem Gesundheitszustand kaum eine anderweitige Anstellung finden; die Liquidation wäre kontraproduktiv und somit unverhältnismässig. Die Anordnung stelle ausserdem einen unzulässigen Eingriff in die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit dar; eine gesetzliche Grundlage sei nicht ersichtlich. Das angestrebte Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit lasse sich nicht erreichen, womit § 1 Abs. 1 SPG verletzt werde.

Auch der angeordnete Verkauf der Einrichtungen müsse als verfassungswidrig, unverhältnismässig und rechtswidrig qualifiziert werden, zumal der Sachverhalt ebenfalls unrichtig und unvollständig ermittelt worden sei. Es sei zu bezweifeln, dass es sich bei den

Einrichtungen um "Vermögen" handle. Vielmehr wäre vom Betriebskapital zu sprechen. Eine Verwertung wäre demnach unwirtschaftlich und unzumutbar. Was den Sachverhalt angehe, sei nicht einmal eine Schätzung des mutmasslichen Erlöses vorgenommen worden. Die Produktionsmittel entsprächen nicht mehr dem neusten Stand; deshalb müsse von einem minimalen Erlös ausgegangen werden. Der Verkauf stünde somit in keinem Verhältnis zum Verlust der zum jetzigen Zeitpunkt einzigen Produktionsfaktoren des Beschwerdeführers. Nebst dem Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit läge auch ungebührliche Härte und Unwirtschaftlichkeit im Sinne der SKOS-Richtlinien vor. Abgesehen davon würde ein Verkauf zur Wiedererlangung der wirtschaftlichen Selbstständigkeit rein gar nichts beitragen.

4.2.

Die Vorinstanz hielt fest, dass es dem Gemeinderat primär darum gehe, dass der unrentable Betrieb geschlossen werde und die Beschwerdeführer ihre Arbeitskraft wirtschaftlich nutzbringender einsetzen. Der Gemeinderat sei verpflichtet, alles zu unternehmen, damit die wirtschaftliche Selbstständigkeit der Beschwerdeführer wieder hergestellt werden könne. Somit sei am Entscheid nichts auszusetzen.

Bezüglich der Einrichtungen sei darauf hinzuweisen, dass Vermögen bis zu einem Freibetrag von Fr. 4'500.-- pro Unterstützungseinheit aufzubrauchen sei. Von einer Verwertung könne in bestimmten Fällen abgesehen werden, vorliegend liege jedoch weder eine ungebührliche Härte noch eine unwirtschaftliche Situation oder ein anderer Grund vor, der die Verwertung als unzumutbar erscheinen liesse.

(...)

In der Vernehmlassung stellt die Vorinstanz klar, dass die Sozialhilfebehörden den Beschwerdeführer bei dessen Versuch, als selbstständiger Unternehmer seine wirtschaftliche Selbstständigkeit zurückzuerlangen, unterstützt hätten, der Versuch aber gescheitert sei. Es könne keinesfalls akzeptiert werden, dass jemand auf Kosten der Allgemeinheit mehr oder weniger ein Hobby pflege.

4.3.

4.3.1.

Mit der Sozialhilfe dürfen keine selbstständigen Erwerbstätigkeiten mitfinanziert werden, die nicht geeignet sind, die Notlage einer Gesuch stellenden Person in absehbarer Zeit zu mildern. Umgekehrt soll aber einem Sozialhilfeempfänger – nach dem Grundsatz der Subsidiarität (§ 5 Abs. 1 SPG) – nicht die Möglichkeit genommen werden, mit der Ausübung einer Nebenerwerbstätigkeit die Abhängigkeit von der materiellen Hilfe zu beschränken oder gar aufzuheben. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfordert, dass eine Auflage oder Weisung zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet sowie notwendig ist und dass der damit angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Beschränkungen steht, die dem Privaten auferlegt werden (Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 126 I 112 Erw. 5b; AGVE 2004, S. 252).

4.3.2.

Gemäss Jugend- und Familienberatung (jfb) des Bezirks Baden wurde das Schuh- und Schlüsselservicegeschäft des Beschwerdeführers im Oktober 2005 eröffnet. Anfangs sei das Geschäft gut gelaufen, mittlerweile aber seien die Einnahmen fast so hoch wie die Ausgaben (recte wohl eher: "...die Ausgaben fast so hoch wie die Einnahmen"). Somit könne nur ein kleiner Gewinn an den ehelichen Unterhalt beigesteuert werden. Wenn man die effektiven Ausgaben (inkl. Raummiete in der Höhe von Fr. 350.--, von der Gemeinde als "situationsbedingte Leistung" ausgerichtet) betrachte, resultiere ein Minus von ca. Fr. 140.-- pro Monat für das (damals laufende) Jahr 2007. Belege bzw. weitere Unterlagen betr. Ertragslage des Geschäfts sind den Akten nicht zu entnehmen. Die schlechte Geschäftslage ist jedoch unbestritten (vgl. Beschwerde vom 10. September 2007 gegen den Gemeinderatsbeschluss: "in letzter Zeit ist die Geschäftskasse nicht nach Wunsch gelaufen" [S. 1] bzw. man sei bemüht, den Laden in Schwung zu bringen und "dass ein kleiner Profit daraus resultieren wird" [S. 2]); die Beschwerdeführer machen keine Gewinne geltend. Somit ist erstellt, dass der Beschwerdeführer mit den Einnahmen die effektiven Kosten nicht zu decken vermag. Eine Änderung dieser Situation ist nicht absehbar und die Be-

schwerdeführer legen auch nicht dar, wie sie die Lage zu verbessern gedenken. Demzufolge ist die selbstständige Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall nicht geeignet, die Notlage der Familie in absehbarer Zeit zu mildern.

Zum Hinweis der Beschwerdeführer, das Geschäft könne gut parallel zur Jobsuche weitergeführt werden, ist anzumerken, dass es Ziel der Jobsuche sein muss, eine lukrativere Tätigkeit zu finden. Der Behauptung, dies sei aufgrund des Alters und des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers kaum möglich, steht die Eingabe des Vertreters der Beschwerdeführer vom 10. Juli 2008 entgegen, worin ausgeführt wird, es gebe bereits Vertragsverhandlungen im Hinblick auf eine Teilzeit-Anstellung des Beschwerdeführers bei einem Schuh- und Schlüssel-Service. Sollte der Beschwerdeführer eine konkrete Anstellung erhalten, wird es kaum möglich sein, das eigene Geschäft parallel (mit einem Teilzeitpensum oder gar während der Freizeit) weiterzuführen – schon gar nicht gewinnbringend, da die Fixkosten (Miete etc.) gleich bleiben. Schliesslich sind die Beschwerdeführer daran zu erinnern, dass das Ziel einer anderen Tätigkeit die Reduktion der Unterstützung durch die öffentliche Hand ist – und nicht etwa die Finanzierung des nicht rentierenden eigenen Geschäfts.

4.3.3.

Die Anordnung, das Geschäft zu liquidieren, stellt grundsätzlich einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Gemäss Art. 36 BV ist eine Einschränkung dieses Grundrechts möglich, sofern hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, der Eingriff durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig ist. Zudem muss der Kerngehalt des Grundrechts respektiert werden (vgl. hierzu Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, § 9 Rz. 302 ff.).

Gemäss § 13 SPG kann die Gewährung materieller Hilfe mit Auflagen und Weisungen verbunden werden. Die Verwertung von Vermögen der Sozialhilfeempfänger ist in § 11 Abs. 3 SPG vorgesehen; eine gesetzliche Grundlage für die Anordnung der Liquidation des Geschäfts ist folglich gegeben.

Die Auflage zur Liquidation einer defizitären selbstständigen Erwerbstätigkeit liegt im öffentlichen Interesse, da es nicht Aufgabe der Sozialhilfe ist, mit öffentlichen Geldern defizitäre Geschäfte über Wasser zu halten (AGVE 2004, S. 251 f.).

Die "Liquidation" ist im vorliegenden Fall geeignet und erforderlich, um die materielle Hilfe und damit Ausgaben des Gemeinwesens (hier die Raummiete für das Geschäft) reduzieren zu können. Schliesslich erweist sich die "Liquidation" nicht als unverhältnismässig. Dem Beschwerdeführer stand seit Oktober 2005 ausreichend Zeit zur Verfügung, um die Möglichkeiten seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit im Wirtschaftsleben zu erproben, und die für die Aufgabe eingeräumte Frist, ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

Der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit wird durch die Auflage nicht tangiert; die "Liquidation" erfolgt einzig im Hinblick auf die Reduktion der Abhängigkeit von der Sozialhilfe. Dem Beschwerdeführer wird weder eine bestimmte berufliche Tätigkeit generell untersagt noch vorgeschrieben.

44 Grundbetrag; Darlehen

- **Für die Verwendung des Grundbetrags gilt der Grundsatz der Eigenverantwortung.**
- **Darlehen sind grundsätzlich als eigene Mittel anzurechnen, auch wenn sie für andere Personen aufgenommen wurden.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 25. Mai 2009 in Sachen A.M. gegen das Bezirksamt Lenzburg (WBE.2008.375).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

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). 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.

Anspruch auf Sozialhilfe besteht, sofern die eigenen Mittel nicht genügen und andere Hilfeleistungen nicht rechtzeitig erhältlich sind oder nicht ausreichen (§ 5 Abs. 1 SPG). Damit wird der Grundsatz der Subsidiarität der Sozialhilfe ausgedrückt. Hilfe suchende Personen sind verpflichtet, sich nach Möglichkeit selbst zu helfen; sie müssen alles Zumutbare unternehmen, um eine Notlage aus eigenen Kräften abzuwenden oder zu beheben (BGE 130 I 71 Erw. 4.1; SKOS-Richtlinien, Kapitel A.4). Zu den zumutbaren und subsidiären Hilfsquellen zählen neben der Möglichkeit der Selbsthilfe sowie Leistungsverpflichtungen Dritter, auch freiwillige Leistungen Dritter, die ohne rechtliche Verpflichtung erbracht werden (SKOS-Richtlinien, Kapitel A.4-2).

1.2. (...)

2.

2.1. (...)

2.2.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die nach Portugal überwiesenen Geldbeträge stammten nicht aus Sozialhilfegeldern, sondern seien Kredite von verschiedenen Kollegen, bei denen er sich verschuldet habe. Mit den Überweisungen sei er seiner moralischen und gesetzlichen Pflicht gegenüber seiner Ehegattin nachgekommen. Zudem habe ihm die Sozialbehörde weder verboten Geld nach Portugal zu schicken, noch die Aufnahme von Krediten untersagt.

2.3. (...)

2.4.

2.4.1.

Die Vorinstanz begründet den unrechtmässigen Bezug von materieller Hilfe vorab mit der Überweisung von Unterstützungsbeiträgen an die Ehefrau des Beschwerdeführers nach Portugal. Den Nach-

weis sieht sie in den monatlichen Geldbeträgen, welche der Beschwerdeführer regelmässig überwies und im Gesamtbetrag als Abzug in seiner Steuererklärung 2007 geltend machte. Diese Begründung ist zwar nachvollziehbar, da hilfsbedürftige Personen regelmässig nicht in der Lage sind aus dem sozialen Existenzminimum Ersparnisse in relativ erheblichem Umfang zu bilden oder Unterstützungsleistungen an Ehegatten aufzubringen. Die verfassungsrechtlichen Grundsätze zum Schutz der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) verlangen jedoch eine differenzierte Beurteilung des Einzelfalls. Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz umfasst auch das Recht des Einzelnen, die wesentlichen Aspekte seiner Persönlichkeitsentfaltung individuell und selber zu gestalten und schützt umfänglich die Menschenwürde (Art. 7 BV; Jörg Paul Müller / Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 138 ff.).

Im Sozialhilferecht ist Ausdruck der verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsentfaltung, die Eigenverantwortung (§ 1 Abs. 2 SPG), die sich in der Dispositionsfreiheit über die im Grundbetrag I und Grundbetrag II ausgerichteten Beiträge konkretisiert. Die pauschalen Grundbeträge dienen dem Unterhalt der unterstützten Person und können von ihr nach ihren Vorstellungen und Bedürfnissen eingesetzt werden. Solange ihre Grundbedürfnisse gewährleistet sind, besteht für die Sozialbehörden kein Anlass und keine gesetzliche Grundlage gegen die Verwendung der Grundbetragsbeträge einzuschreiten (SKOS-Richtlinien, Kapitel B.2.4; AGVE 2003, S. 295). Es kann daher nicht bereits im Grundsatz beanstandet werden, dass der Beschwerdeführer seiner Ehefrau in Erfüllung einer allenfalls rechtlichen oder moralischen Verpflichtung Unterstützungsbeiträge nach Portugal überwies. Einzuschreiten haben die Sozialbehörden dort, wo Sozialhilfegelder zweckentfremdet werden, Mehrkosten durch die nicht zweckmässige Verwendung der materiellen Unterstützung entstehen oder eine unterstützte Person sich zunehmend verschuldet (Handbuch Sozialhilfe, Anhang 5 / XII, S. 2; AGVE 2003, S. 295). Fehlt es an solchen Tatbeständen, rechtfertigt sich eine Rückforderung unter dem Titel unrechtmässige Bezüge gemäss § 3 SPG in der Regel nur, wenn der Betroffene Auflagen

oder Weisungen der Sozialbehörde missachtet. Im vorliegenden Fall hatte der Beschwerdeführer Einkommen aus der Arbeitslosenversicherung. In der Verwendung dieses Einkommens war der Beschwerdeführer solange nicht eingeschränkt, als seine finanzielle Situation oder seine Existenzsicherung nicht zu Mehrkosten der Sozialhilfe führte. Die Überweisungen des Beschwerdeführers an die Ehefrau begründen daher keinen Rückforderungsanspruch.

2.4.2.

Anders präsentiert sich die Rechtslage hinsichtlich der Darlehen, welche der Beschwerdeführer bei Bekannten aufnahm. § 11 Abs. 1 SPG und § 11 Abs. 1 und 2 SPV bestimmen, dass der Hilfe bedürftigen Person alle geldwerten Leistungen und Zuwendungen, auch freiwillige Leistungen Dritter mit wirtschaftlichem Wert, als eigene Mittel bei der Berechnung und Bemessung der materiellen Hilfe anzurechnen sind. Dies entspricht dem Grundsatz der Subsidiarität (siehe vorne Erw. 1.1) und die unterstützten und hilfeschenden Personen haben kein Wahlrecht zwischen den verschiedenen Hilfsquellen (SKOS-Richtlinien, Kapitel A.4). Die materielle Unterstützung ist nicht nur gegenüber unentgeltlichen (Unterstützungs-) Leistungen Dritter subsidiär (BGE vom 13. Oktober 2000 [2P.127/2000], Erw. 2), sondern auch gegenüber Darlehen Dritter.

Der Beschwerdeführer hat in der massgeblichen Zeit von 1. Juni 2007 bis 30. April 2008 nach eigenen Darstellungen insgesamt Fr. 6'000.-- auf ein Bankkonto bei der "Caixa Geral de Depositos SA" in Lissabon überwiesen, das auf seinen Namen lautete. Die Überweisungen will er mit Darlehen von Bekannten finanziert haben. Aus den Quittungen für die Darlehen lässt sich nur ein Auszahlungsdatum für Fr. 1'000.-- dem massgeblichen Zeitraum zuordnen. Die weiteren Quittungen sind nicht datiert und weisen auch den Auszahlungstermin nicht aus. Eine Zweckgebundenheit der Darlehen ist den Akten nicht zu entnehmen. Aus der Quittung vom April 2008 ergibt sich lediglich die Verpflichtung, das Darlehen "bei Erhalt der IV sofort zurückzuzahlen".

Aus der Sachdarstellung des Beschwerdeführers, dass er nur als "Besorger von Krediten" aufgetreten sei, kann geschlossen werden, dass er in der fraglichen Zeit persönliche Kredite in der Höhe von

Fr. 6'000.--- bei verschiedenen nahestehenden Personen aufnahm. Diese Darlehen sind - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - sozialhilferechtlich eigene Mittel (siehe vorne Erw. 1.1).

45 Sozialhilferechtliche Stellung von anerkannten Flüchtlingen

- **Fehlende Zuständigkeit des Kantonalen Sozialdienstes für die Festsetzung der materiellen Hilfe an anerkannte Flüchtlinge**
- **Anwendung der Mietzins-Richtlinien auf "Junge Erwachsene" mit Flüchtlingsstatus**
- **Keine Rückweisung, wenn eine Anordnung für die Zukunft neu verfügt werden muss**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 30. Juni 2009 in Sachen I.T. gegen das Bezirksamt Aarau (WBE.2008.406).

Aus den Erwägungen

2.

Die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der Schweiz richtet sich grundsätzlich nach dem für Ausländerinnen und Ausländer geltenden Recht (Art. 58 AsylG). Zur Festsetzung, Ausrichtung und Einschränkung von Fürsorgeleistungen für anerkannte Flüchtlinge gilt das SPG sowie die SPV (Art. 82 und 83 AsylG; Art. 3 der Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen vom 11. August 1999 [AsylV 2; SR 142.12]; Art. 4 der Vollzugsweisungen zur Asylverordnung 2, Ausrichtung und Abgeltung von Fürsorgeleistungen für Personen des Asylrechts vom 10. September 1999 [Asyl 80 1.2]).

Mit der Revision des Asylgesetzes ging die Zuständigkeit für die Betreuung anerkannter Flüchtlinge mit Aufenthaltsbewilligung (B-Bewilligung) per 1. Oktober 2001 vom Bund an die Kantone über. Mit der kantonalen Umsetzung der AsylV 2 wurde die Fürsorge und Betreuung anerkannter Flüchtlinge ab 1. Oktober 2001 in die Zuständigkeit der Wohngemeinden gestellt (Kreisschreiben des Kantons Aargau, Gesundheitsdepartement, Kantonaler Sozialdienst [nachfolgend Kreisschreiben] 3/2001 und Kreisschreiben 5/2001).

Die Gewährung von Sozialhilfe an Flüchtlinge richtet sich nach den ordentlichen Bestimmungen des SPG (§ 16 Abs. 2 SPG). Gemäss § 10 SPG i.V.m. § 10 SPV gelten für die Bemessung der materiellen Hilfe die Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (herausgegeben von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe [SKOS-Richtlinien], 3. Auflage, Dezember 2000). Diese finden auch Anwendung für anerkannte Flüchtlinge (SKOS-Richtlinien, S. 4 "Zur Bedeutung dieser Richtlinien"). Anerkannte Flüchtlinge sind demnach fürsorgerechtlich den Einwohnern gleichzustellen.

3.1.-3.2. (...)

3.3.

Die sich in einer Notlage befindende und Sozialhilfe beanspruchende Person hat keinen Anspruch auf Übernahme der Mietkosten einer beliebigen Wohnung durch das Gemeinwesen (Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juni 2005 [2P.143/2005], Erw. 2.2). In diesem Sinne sehen auch die SKOS-Richtlinien vor, dass überhöhte Wohnkosten nur so lange zu übernehmen sind, bis eine zumutbare günstigere Lösung zur Verfügung steht. Bevor der Umzug in eine günstigere Wohnung verlangt wird, ist jedoch die Situation im Einzelfall zu prüfen (SKOS-Richtlinien, Kapitel B.3; zum Ganzen: AGVE 2003, S. 283).

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Hilfesuchende Personen bei der Berechnung der Wohnkosten für Sozialhilfe keine höheren Ansprüche stellen können als Familien oder Personen, die sich in knappen finanziellen Verhältnissen selber durchbringen und entsprechende Einschränkungen hinnehmen müssen (AGVE 2004, S. 253 ff. mit Hinweisen; SKOS-Richtlinien, Kapitel A.4-2).

Für junge Erwachsene zwischen dem vollendeten 18. Altersjahr und dem vollendeten 25. Altersjahr ohne Erstausbildung sehen die SKOS-Richtlinien günstige Wohngelegenheiten, wie eine Zimmerbenutzung im Rahmen einer Wohngemeinschaft vor (SKOS-Richtlinien, Kapitel H.11).

4.

4.1.

Dem Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 28. April 2008 die 2 ½-Zimmerwohnung mit Mietkosten von effektiv Fr. 1'105.-- (inkl. Nebenkosten) bewilligt und gleichzeitig festgestellt, dass der Mietzins den gemäss Richtlinien angemessenen Mietzins von Fr. 900.-- pro Monat übersteigt. Der Gemeinderat X. kürzte deshalb die materielle Bedarfsrechnung um Fr. 205.-- (d.h. um die Überschreitung des maximalen monatlichen Mietzinslimits von Fr. 900.--). Diese Kürzung dauert solange bis der Beschwerdeführer eine neue Wohnung mit Mietkosten gemäss den Richtlinien gefunden hat. Diese Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

4.2.

4.2.1.

Zuständig für die Gewährung der Sozialhilfe sind die Gemeindebehörden (§ 6 Abs. 1 SPG). Der Gemeinderat oder eine von ihm eingesetzte Sozialkommission ist die zuständige Sozialbehörde, soweit nicht die Zuständigkeit einer anderen Behörde vorbehalten ist (§ 44 Abs. 1 und 2 SPG). Die Zuständigkeiten des kantonalen Sozialdiensts umschreibt allgemein § 42 Abs. 1 lit. a ff. SPG und umfasst u.a. die Beratung der Gemeindebehörden (lit. a), die Koordination sozialer Tätigkeiten (lit. c) und die Weiterbildung (lit. d). Gemäss § 18 Abs. 2 SPG fällt die Betreuung und die finanzielle Unterstützung für Personen gemäss § 16 Abs. 1 SPG (Asylsuchende etc.) bis zur Zuweisung an die Gemeinde in die Zuständigkeit des Kantons (§ 18 Abs. 3 SPG).

Dem Kantonalen Sozialdienst fehlt daher die Zuständigkeit zum Erlass von Verfügungen und Entscheiden für die materielle Hilfe an anerkannte Flüchtlinge.

Auch für eine Zuständigkeit zum Erlass von Richtlinien für kantons- oder ortsüblich angemessene Mietkosten für Sozialhilfeempfänger fehlt eine ausdrückliche Bestimmung im Gesetz. In seiner Stellungnahme vom 6. Februar 2009 weist auch der Kantonale Sozialdienst auf die fehlende formelle gesetzliche Grundlage hin. Diese Zuständigkeitsfrage ist aber vorliegend nicht abschliessend zu beurteilen.

4.2.2.

Der Kantonale Sozialdienst erstattet nach "langjähriger und bewährter" Praxis den Gemeinden für die Betreuung der Flüchtlinge maximal einen Mietbeitrag von Fr. 750.-- pro Einzelperson über 25 Jahre. Diese Praxis beruht auf den Abrechnungsmodalitäten zwischen den betreuenden Gemeinden, dem Kanton und den Bundesbehörden. Der Kantonale Sozialdienst erstattet den Gemeinden die vollen Kosten für anerkannte Flüchtlinge (§ 47 Abs. 2 SPG und § 34 Abs. 1 SPV) und rechnet mit dem Bund nach Massgabe des Bundesrechts ab. Für die Abrechnung zwischen dem Bund und den Kantonen sind Pauschalbeträge vorgesehen (Art. 24 f. AsylV 2; Handbuch Sozialhilfe, Kapitel 13, S. 5). Eine gesetzliche Bestimmung oder eine andere Rechtsgrundlage für die direkte Anwendung dieser (Berechnungs-) Praxis auf die Festsetzung der angemessenen Wohnungskosten für Sozialhilfeempfänger besteht nicht und die Regeln, welche die Rückerstattung der materiellen Hilfe unter den Behörden regeln und/oder den Kostenträger bestimmen, sind weder direkt noch indirekt für die Bemessung der Wohnkosten massgebend. Die angemessenen Wohnungskosten sind vielmehr nach den Bestimmungen des Sozialhilferechts (SPG, SPV) und den SKOS-Richtlinien (§ 10 SPV) im Einzelfall festzusetzen. Der Regierungsrat hat von der Möglichkeit weitere Pauschalregelungen zu erlassen (§ 10 Abs. 6 SPV), bis anhin nicht Gebrauch gemacht.

Im vorliegenden Fall hat der Gemeinderat X. die ortsüblichen Mietzinse für Sozialhilfebezüger allgemein festgesetzt. Die Regelung unterscheidet in der Haushaltsgrösse (1 bis 5 und mehr Personenhaushalt) und gewährt aufgrund der ortsüblichen Verhältnisse einem 1-Personenhaushalt monatlich maximal Fr. 900.-- (inkl. Nebenkosten). Diese Bestimmungen gelten grundsätzlich für alle Sozialhilfebezüger - auch für den Beschwerdeführer - und sind rechtsgleich anzuwenden. Eine Differenzierung nach Kategorien von Sozialhilfeempfängern ("Working-poor"), die in der Gemeinde X. verwurzelt sind und anerkannten Flüchtlingen, oder unter dem Aspekt des Sozialhilfetourismus, ist in der Richtlinie nicht vorgesehen. Solche Unterscheidungen wären mit den Grundsätzen des Sozial-

hilferechts und der Rechtsstellung der Flüchtlinge (§ 1 Abs. 2, § 5 SPG; § 3 SPV und vorne Erw. 2) auch kaum zu vereinbaren.

Die Mietzinslimite von Fr. 750.-- nach der Praxis des Kantonalen Sozialdienstes entspricht daher nicht gesetzlichen Vorgaben zur Bestimmung der angemessenen Wohnungskosten und trägt insbesondere den örtlichen Gegebenheiten und dem Einzelfall nicht Rechnung.

4.2.3.

Die Richtlinie über ortsübliche Mietzinse für Sozialhilfempfänger der Gemeinde X. enthält keine Differenzierung zwischen einem 1-Personenhaushalt und einem 1-Personenhaushalt für junge Erwachsene ohne Erstausbildung. Der Richtlinie lässt sich auch nicht entnehmen, dass sie für junge Erwachsene keine Anwendung findet.

Eine Reduktion des angemessenen Mietzinses für den Beschwerdeführer ist, unter Berufung auf die Richtlinie der Gemeinde, daher nicht zulässig.

Abweichungen von diesen Richtlinien im Einzelfall sind nicht grundsätzlich ausgeschlossen, bedürfen aber im Hinblick auf die Rechtsgleichheit einer besonderen Begründung. Ein blosser Verweis auf eine "Praxis" des Kantonalen Sozialdienstes oder auf die SKOS-Richtlinien ersetzt die unabdingbare Prüfung und Beurteilung der Umstände im Einzelfall nicht und genügt den Anforderungen an die Bemessung eines angemessenen und zumutbaren Mietzinses für den Beschwerdeführer nicht.

Damit erweist sich die Beschwerde in Bezug auf den angemessenen Mietzins des Beschwerdeführers als begründet. Ziffer 2 des Beschlusses des Gemeinderates X. vom 1. September 2008 ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

4.3. (...)

5.

Gemäss § 58 aVRPG kann das Verwaltungsgericht entweder selbst urteilen oder die Sache zum Erlass eines neuen Entscheides an die Vorinstanz zurückweisen. Die Frage, welches Vorgehen gewählt werden soll, ist nach der Praxis auf Grund einer Interessenabwägung zu entscheiden, wobei namentlich die Rechtsschutzbedürfnisse der Betroffenen, funktionelle bzw. institutionelle Überlegungen sowie

die Interessen an einem raschen Entscheid und jene der Prozessökonomie von Bedeutung sein können (AGVE 2004, S. 143 f. mit Hinweisen).

Vorliegend wird die Auflage mit der Bestimmung der angemessenen Mietkosten aufgehoben. Die Festsetzung der Mietkosten fällt in die Zuständigkeit des Gemeinderates X., dem dabei auch das Ermessen zusteht, in welches das Verwaltungsgericht nicht eingreifen kann.

Es obliegt der Gemeinde X., die Richtlinie anzupassen oder mit einem (allgemein) angemessenen Mietzins für junge Erwachsene in Erstausbildung zu ergänzen (siehe vorne Erw. 3.3). Auf den bisherigen Grundlagen besteht nur die weitere Möglichkeit, in einer neuen Verfügung, den für den Beschwerdeführer angemessenen Mietzins, in Abweichung der (unveränderten) Richtlinie, durch eine Beurteilung im Einzelfall (zumutbare Wohnungsgrösse; Verfügbarkeit von entsprechenden Wohnungen; Zumutbarkeit eines Wohnungswechsels; siehe dazu AGVE 2003, S. 283) neu festzulegen. Eine solche Beurteilung erfordert eine neue Verfügung, unter Berücksichtigung der aktuellen Situation, und kann Wirkungen nur für die Zukunft entfalten. Die Wahl des geeigneten Vorgehens ist der Gemeinde freigestellt. Von einer formellen Rückweisung kann unter diesen Umständen abgesehen werden.

VIII. Grundbuchrecht

- 46 **Ausweis über das Verfügungsrecht als Voraussetzung für einen Eintrag in das Grundbuch (Art. 965 Abs. 1 ZGB)**
- **Anspruch auf Grundbucheintrag trotz fehlender Ausscheidung für unselbstständigen Miteigentumsanteil**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 17. September 2009 in Sachen G.M. gegen das Departement Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2009.73).

Aus den Erwägungen

II.

1.

Die Eintragung ins Grundbuch setzt eine Grundbuchanmeldung, einen Ausweis über das Verfügungsrecht und einen Rechtsgrund voraus (Art. 963 Abs. 1 ZGB, Art. 965 Abs. 1 ZGB). Nicht streitig ist hier, dass diese Voraussetzungen hinsichtlich der Abparzellierung vom Grundstück GB L Nr. X erfüllt sind. Der Streit dreht sich allein darum, ob die Beschwerdeführerin ihr Verfügungsrecht auch mit Bezug auf die beiden Parzellen GB L Nrn. Y und Z (Weggrundstücke) ausreichend nachgewiesen hat, damit der Grundbuchverwalter dem Eintragungsgesuch hätte entsprechen müssen.

2.

2.1.

Mit Bezug auf die beiden Grundstücke GB L Nrn. Y und Z ist klar, dass die Beschwerdeführerin an diesen als Eigentümerin nicht allein, sondern zusammen mit den Eigentümern anderer Grundstücke berechtigt ist.

2.2.

Bei den beiden Grundstücken handelt es sich unbestrittenermassen um sog. "Anmerkungsgrundstücke" ("immeuble mentionné", vgl. zur Terminologie BGE 130 III 13, S. 16, Erw. 5.2.2., mit Hinweisen = Pra 93/2004, S. 721 ff.). Das bedeutet, dass das Eigentum an diesen Grundstücken in der Weise mit dem Eigentum an anderen Grundstücken subjektiv-dinglich verknüpft ist, dass der jeweilige Eigentümer der anderen Grundstücke auch zu den gemeinschaftlichen Eigentümern an den beiden Grundstücken Nrn. Y und Z gehört. Grundbuchlich ist dies in der Weise zum Ausdruck gebracht, dass im Grundbuch bei den beiden "dienenden" Grundstücken als Eigentümer keine – natürlichen oder juristischen – Personen verzeichnet sind, sondern anstelle der Eigentümer die Grundbuchnummern der entsprechenden "herrschenden" Grundstücke erscheinen.

2.3.

Der Grundbuchverwalter und die Vorinstanz sind zum Schluss gelangt, aus dem Grundbucheintrag der beiden Anmerkungsgrundstücke ergebe sich ebenso wenig wie aus den Belegen, welche Art gemeinschaftlichen Eigentums (Miteigentum oder Gesamteigentum) vorliege und – sollte Miteigentum vorliegen – welcher prozentuale Miteigentumsanteil auf die von der Abparzellierung betroffene Parzelle GB L Nr. X entfalle.

Die Beschwerdeführerin ist dagegen der Auffassung, aus den Belegen zur Eintragung der beiden Anmerkungsgrundstücke ergebe sich entgegen der Auffassung des Grundbuchverwalters und der Vorinstanz keine Ungewissheit hinsichtlich der Form des gemeinschaftlichen Eigentums (Miteigentum oder Gesamteigentum) an den beiden Grundstücken. Vielmehr sei klar, dass diese im (selbstständigen) Miteigentum der jeweiligen Eigentümer der in der Eigentumspalte der beiden Grundstücke figurierenden Grundstücke stünden.

2.4.

2.4.1.

Auch der Grundbuchverwalter ist im Rahmen der ihm zustehenden beschränkten Überprüfungsbefugnis (vgl. dazu HENRI DESCHENAUX, Das Grundbuch, in: Schweizerisches Privatrecht, Band V/3 I, Basel und Frankfurt a.M. 1988, S. 483 f. sowie S. 492

ff.) dazu berechtigt und verpflichtet, ihm eingereichte und bereits beim Grundbuchamt aufbewahrte Belege nach dem Willen der Parteien auszulegen. Bei (vermeintlichen) Lücken darf er nicht eine formalistische, den Willen der Parteien offensichtlich verkürzende Interpretation vornehmen.

Die Grundbucheinträge der beiden Anmerkungsparzellen enthalten zwar keine ausdrücklichen Angaben über die Art des gemeinschaftlichen Eigentums. Entgegen der Auffassung des Grundbuchverwalters und der Vorinstanz ergibt sich indessen aus den Umständen, unter denen die beiden in den Akten befindlichen Abtretungsverträge vom 21. (...) und vom 15. (...) geschlossen wurden und aus diesen Verträgen selbst klar, dass sich der Wille der Vertragsparteien darauf richtete, Miteigentum an den Wegparzellen zu begründen.

- Gemäss dem Vertrag vom 21. (...) wandelte der bisherige Eigentümer der ausdrücklich als "Weggrundstück" bezeichneten Parzelle Nr. Y, dem gleichzeitig die Parzelle Nr. V gehörte ("..." im Halt von 32.31 ar, von dem der Eigentümer bereits 1932 die Bauparzelle Nr. V im Halt von 5.32 ar abverkauft hatte, mit gleichzeitiger Übertragung der Wegdienstbarkeit zu Lasten Y auf die neue Parzelle), das Weggrundstück in einen "Miteigentümerweg gemäss Art. 32 G.V." um.

- Ebenso wandelte gemäss dem Vertrag vom 15. (...) der bisherige Eigentümer des Weggrundstücks Nr. Z, dem gleichzeitig die angrenzende Parzelle Nr. X gehörte, die Parzelle Nr. Z in einen "Miteigentümerweg gemäss 32 G.V." um, wobei er sich "für die Einräumung des Miteigentums" vom Eigentümer der Parzelle Nr. U, die ebenfalls an die Wegparzelle Nr. Z grenzt, eine Entschädigung von Fr. 250.-- bezahlen liess.

Schon die Umstände, unter denen die genannten Verträge geschlossen wurden, stellen einen klaren Hinweis darauf dar, dass Miteigentum und nicht etwa Gesamteigentum begründet werden sollte. So geht aus dem Situationsplan der Parzellen hervor, dass sie der wegmässigen Erschliessung der Parzellen dienen, deren Eigentümer neben den vorherigen Alleineigentümern neu an den beiden Wegparzellen berechtigt wurden. Zu diesem Befund passt bei der Parzelle Nr. Y, dass diese vorher zu Lasten der Parzellen, deren Eigentümern

nummehr Miteigentum eingeräumt wurde, mit Wegdienstbarkeiten belastet waren (die im Zug der Begründung des Miteigentums gelöscht wurden).

Die Begründung von Gesamteigentum verlangt eine zwischen den Parteien bestehende Gemeinschaft (Art. 652 ZGB). Hier fehlen jegliche Hinweise darauf, dass die an der Begründung des "Miteigentümerwegs" beteiligten Parteien, auch wenn die entsprechenden Verträge aus heutiger Sicht als lückenhaft erscheinen, sich zu einer solchen Gemeinschaft zusammenschliessen wollten.

Der Wortlaut der Vereinbarungen deutet positiv darauf hin, dass Miteigentum begründet werden sollte. Selbst wenn das Wort "Miteigentümerweg", wie der Grundbuchverwalter meint (Amtsbericht), damals einfach dem üblichen Sprachgebrauch entsprechen haben sollte, lässt sich daraus nicht ableiten, dass die Parteien es untechnisch verstanden. Im Zusammenhang mit dem "Miteigentümerweg" wird in beiden Verträgen ausdrücklich auf Art. 32 GBV verwiesen. Die Bestimmung handelt von den sog. Anmerkungsgrundstücken, bei denen in der ganz überwiegenden Mehrheit der Fälle Miteigentum besteht. Dafür, dass es sich hier anders verhalten hätte, fehlen jegliche Hinweise.

Dass die Parteien der Verträge keine Miteigentümerquoten auschieden und der Grundbuchverwalter sie damals (und in der Folge, als noch zusätzliche Grundstücke mit der Anmerkungsparzelle dinglich-subjektiv verbunden wurden) nicht unter Hinweis auf Art. 32 Abs. 1 GBV anhielt, die Quoten festzulegen, lässt schliesslich den bestehenden Eintrag zwar als mangelhaft erscheinen, ändert indessen am dargelegten Auslegungsergebnis nichts.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten: Entgegen dem Grundbuchverwalter und der Vorinstanz ist hier Miteigentum nicht etwa bloss zu vermuten. Aufgrund der (lückenhaften) Belege lässt sich vielmehr schlechterdings kein anderes Auslegungsergebnis rechtfertigen.

2.4.2.

Die Beschwerdeführerin hat sich auf den Standpunkt gestellt, ihr stehe selbstständiges Miteigentum an den beiden Anmerkungsparzellen zu. Auch diese Auffassung erweist sich bereits im Rahmen

der den Grundbuchbehörden zustehenden Kognition als unzutreffend.

2.4.2.1.

Wie das Verwaltungsgericht schon früher festgestellt hat (VGE I/72 vom 28. April 1997 [BE.1994.00186]) besteht keine begriffliche Deckungsgleichheit zwischen unselbstständigem und subjektiv-dinglichem Miteigentum: Unselbstständiges Miteigentum liegt dann vor, wenn der Aufhebungsanspruch des Miteigentümers ausgeschlossen ist, weil die Sache für einen dauernden Zweck bestimmt ist (Art. 650 Abs. 1 ZGB). Ob subjektiv-dingliches Miteigentum vorliegt, bestimmt sich danach, ob das Miteigentum an einem Grundstück mit der jeweiligen Eigentümerstellung an einem anderen Grundstück verbunden ist.

Obwohl die Begriffe subjektiv-dingliches und unselbstständiges Eigentum nicht deckungsgleich sind, ergibt sich indessen insoweit eine Abhängigkeit, als Miteigentum an einem Grundstück, das von den Miteigentümern einem dauernden Zweck gewidmet wird (z.B. gemeinsamer Eingang, Grenzmauer etc.) und mit der Eigentümerstellung an einem anderen Grundstück subjektiv-dinglich verknüpft wird, wesensgemäss nur als unselbstständiges Miteigentum vorstellbar ist. Dies stellt aus praktischer Sicht aber gerade auch den Hauptfall des unselbstständigen Miteigentums dar.

Daneben ist zwar zumindest vorstellbar, dass dann, wenn eine dingliche Verknüpfung zwischen "herrschenden" Hauptgrundstücken (z.B. in einer Einfamilienhaussiedlung) und einem "dienenden" Anmerkungsgrundstück (z.B. einem grossen Schwimmbaden) hergestellt wird, die Miteigentümer sich im Begründungsakt darüber einig werden, dass die Zweckbestimmung eben nicht dauernd und der jeweilige Eigentümer des Hauptgrundstücks berechtigt sein soll, die dinglich-subjektive Verknüpfung für seinen Miteigentumsanteil zu lösen, um auf diese Weise wiederum unabhängig von der Verfügung über das (ehemals) herrschende Grundstück über den Miteigentumsanteil verfügen zu können (z.B. Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Schwimmbaden mit zugehörigem Nutzungsrecht an einen Dritten; vgl. zur Möglichkeit selbstständigen subjektiv-dinglichen Eigentums BENNO SCHNEIDER, Probleme des subjektiv-dinglichen

Eigentums, ZBGR 57/1976, S. 15; sowie die Hinweise in BGE 130 III 306, S. 309 in fine, Erw. 3.3.1.).

Solches selbstständiges Miteigentum ist indessen nach Lage der Dinge insbesondere bei Gemeinschaftsanlagen, die im Miteigentum stehen und subjektiv-dinglich mit anderen Grundstücken verknüpft sind, nicht zu vermuten. Ist aus dem Begründungsakt und nach den Umständen davon auszugehen, dass das Anmerkungsgrundstück sowie gegebenenfalls die auf diesem befindlichen Anlagen den "herrschenden" Hauptgrundstücken dienen, so ist mangels klarer anderslautender Abmachungen im Begründungsakt vielmehr zu vermuten, dass mit Bezug auf die Anmerkungsparzelle unselbstständiges Miteigentum vorliegt.

2.4.2.2.

Genauso verhält es sich denn auch hier: Obwohl der Wortlaut der beiden Abtretungsverträge vom 21. (...) und vom 15. (...) sehr knapp ausgefallen ist, so geht doch aus beiden Dokumenten unter Berücksichtigung der Lage der Grundstücke der beteiligten Grundeigentümer unmittelbar an den Parzellen Nrn. Y und Z klar hervor, worauf sich deren Wille richtete, nämlich auf die Konstituierung einer im Miteigentum der jeweiligen Eigentümer der Anstössergrundstücke stehenden Wegparzelle. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin kann keine Rede davon sein, dass die Parteien der beiden Abtretungsverträge hinsichtlich der Parzelle Nrn. Y und Z keine dauernde Widmung vorgenommen hätten.

2.5.

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass in Abweichung sowohl von der Auffassung der Vorinstanz und des Grundbuchverwalters als auch teilweise von der Meinung der Beschwerdeführerin hinsichtlich der beiden Weggrundstücke unselbstständiges Miteigentum vorliegt.

3.

Bei der Teilung der im Alleineigentum der Beschwerdeführerin stehenden Parzelle GB L Nr. X, die wegen deren subjektiv-dinglichen Verknüpfung mit den beiden Anmerkungsparzellen auch zu einer Teilung des Miteigentums an diesen führt, stellt sich die Frage,

ob die Beschwerdeführerin dazu der Zustimmung der übrigen Miteigentümer bedarf.

3.1.

Das Bundesgericht hat sich in einem publizierten Entscheid (BGE 130 III 13 ff.) ausführlich mit der Frage befasst, ob und inwieweit der unselbstständige Eigentümer über seinen Miteigentumsanteil verfügen kann.

Zu beurteilen hatte das Gericht, ob es im Rahmen einer Parzellierung des Hauptgrundstücks zulässig sei, wenn der Miteigentümer des Anmerkungsgrundstücks das Miteigentum an diesem nur auf der verbleibenden Restparzelle belässt (oder nur auf die neue Parzelle überträgt). Das Bundesgericht hat dabei entschieden, dass eine solche Möglichkeit grundsätzlich nicht besteht, es sei denn alle Miteigentümer würden sich in einer neuen Vereinbarung mit einer entsprechenden Änderung des Zwecks des Anmerkungsgrundstücks (dass nämlich dieses nicht mehr allen bisher mit ihm verknüpften Grundstücken dienen solle) einverstanden erklären. Zur Begründung hat das Gericht darauf hingewiesen, dass es zu einer Zweckänderung nicht nur dann komme, wenn ein Miteigentumsanteil, namentlich im Hinblick auf dessen Veräusserung oder die Verknüpfung mit einem anderen Grundstück (ausdrücklich) entwidmet werde, sondern eben schon dann, wenn im Zuge einer Abparzellierung hinsichtlich der neu geschaffenen oder der verbleibenden Parzelle der Miteigentumsanteil nicht übertragen werde (BGE 130 III 13, S. 17 f., Erw. 5.2.5.).

3.2.

Das Bundesgericht hat es hingegen im angeführten Entscheid ausdrücklich für zulässig erachtet, dass ein Grundstück (das Hauptgrundstück), das mit einem anderen Grundstück (dem Anmerkungsgrundstück) subjektiv-dinglich verbunden ist, geteilt wird und dabei der mit dem Hauptgrundstück verbundene unselbstständige Miteigentumsanteil anteilmässig auf die verbleibende Restparzelle und die neue Parzelle übertragen wird (BGE 130 III 13, S. 18, Erw. 5.2.7.). Ein Autor (JÜRIG SCHMID, Das unselbstständige Miteigentum in Theorie und Praxis, ZBGR 86/2005, S. 277 ff., S. 285) hat denn auch darauf hingewiesen, dass sich damit das Vorgehen bei der Teilung von

Grundstücken nach denselben Vorschriften richtet, wie sie die Grundbuchverordnung für die Nachführung der Dienstbarkeiten vorschreibt (Art. 86 und 90 ff. GBV). Als zusätzliches Element ist unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Erwägungen zu beachten, dass durch eine nur beschränkte Nachführung der Berechtigung (d.h. nur auf einem Teil der aus der Teilung hervorgegangenen Grundstücke) die von der Miteigentümern getroffene Vereinbarung über die Zweckbestimmung des gemeinschaftlichen Grundstücks nicht einseitig abgeändert werden darf.

3.3.

Die Beschwerdeführerin beabsichtigte bei der von ihr vorgenommenen Parzellierung, deren Anmeldung im Grundbuch hier streitig ist, offensichtlich keine von der bestehenden Berechtigung an den beiden Anmerkungsgrundstücken abweichende Übertragung des Miteigentumsanteils auf die neu zu schaffende bzw. die verbleibende Parzelle. Weder sollte das Miteigentum an den beiden Weggrundstücken nur auf eine der beiden Parzellen (Nr. X oder T) übertragen werden, noch bestand die Absicht, die Miteigentumsquoten im Zuge der Parzellierung zu verändern. Damit steht der Parzellierung nach der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die damit verbundene Aufteilung des unselbstständigen Miteigentums an den beiden Weggrundstücken nichts entgegen.

4.

Damit ist freilich noch nicht über die Zulässigkeit der von der Beschwerdeführerin angebehrten Eintragung der von ihr vorgenommenen Parzellierung im Grundbuch entschieden. Dieser steht – jedenfalls auf den ersten Blick – der Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 GBV entgegen, wonach bei Miteigentum der Bruchteil durch entsprechenden Zusatz («zur Hälfte», «zu 1/3» usw.) zum Namen jedes Miteigentümers angegeben werden muss. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin in ihrem zweiten Eintragungsbegehren die Übertragung je der Hälfte der Miteigentumsanteile an den beiden Anmerkungsgrundstücken beantragt hat, denn der quotenmässig bekannte Anteil an einem quotenmässig unbekannt hohen Anteil an einem ganzen Recht lässt sich naturgemäss ebenfalls nicht als quotenmässig bestimmter Anteil am ganzen Recht bestimmen.

4.1.

Die Miteigentumsanteile an den beiden Anmerkungspartellen sind im bestehenden Grundbucheintrag entgegen der Vorschrift von Art. 33 GBV nicht angegeben. Dies macht den Eintrag nicht zu einem ungültigen Eintrag. Indessen bedarf er der Vervollständigung durch die Parteien (PAUL HENRI STEINAUER, *Les pluralités de copropriétés sur un immeuble*, ZBGR 79/1998, S. 224 N 13 mit Hinweisen). Dabei kann nicht einfach ein Miteigentümer unter Berufung auf die Vermutung von Art. 646 Abs. 2 ZGB die Eintragung gleicher Quoten verlangen. Mangels Einverständnisses zwischen den Miteigentümern, obliegt es vielmehr dem Richter, die Miteigentumsquoten festzulegen (BGE 111 II 26, S. 29, Erw. 5).

4.2.

Die geschilderte Rechtslage bedeutet für den vorliegenden Sachverhalt, dass eine Festlegung der bestehenden Miteigentumsquoten, sofern keine Einigkeit zwischen den Miteigentümern besteht, nur auf dem Weg über den Zivilrichter möglich ist. Aus verschiedenen Schreiben beteiligter Miteigentümer in den Akten ergibt sich nun aber deutlich, dass die Beschwerdeführerin bereits Anstrengungen unternommen hat, um das für die Bereinigung des bestehenden Grundbucheintrags erforderliche Einverständnis zwischen den Miteigentümern herzustellen, diese Versuche aber nicht erfolgreich waren bzw. der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Abparzellierung, den Verkauf des abparzellierten Grundstücks und dessen Überbauung offensichtlich zumindest von einzelnen Miteigentümern zusätzliche Konzessionen abverlangt wurden.

4.3.

Die Beschwerdeführerin steht damit heute vor der Situation, dass sie, will sie den von ihr begehrten, ihr bisher verweigerten Grundbucheintrag der Abparzellierung erreichen, sich zunächst mit den übrigen Miteigentümern einigen oder, sofern eine Einigung nicht erzielt werden kann, einen Zivilprozess gegen diese ausfechten muss. Im Ergebnis wirkt sich damit der Entscheid über die registerrechtliche Frage der Eintragungsfähigkeit der Abparzellierung für die Beschwerdeführerin als Eigentumsbeschränkung aus, und zwar sowohl hinsichtlich der Hauptparzelle Nr. X als auch mit Bezug auf die

Ausübung des unselbstständigen Miteigentums an den beiden Anmerkungsparzellen Nrn. Z und Y. Aus den eigentumsrechtlichen Regeln des ZGB lässt sich indessen für die Hauptparzelle keine solche Eigentumseinschränkung ableiten; und auch der Übertragung des unselbstständigen Miteigentums an den beiden Anmerkungsgrundstücken stehen, wie dargelegt (Erw. II/3.), keine materiellrechtlichen Hindernisse entgegen.

In der Errichtung derartiger Eigentumsbeschränkungen liegt aber offensichtlich nicht der Sinn der registerrechtlichen Vorschrift von Art. 33 Abs. 1 GBV. Dass die gesetzliche Delegation in den Art. 943, 945, 949, 949a, 953, 954, 956, 967, 970, 970a und 977 ZGB dafür wohl nicht ausreichen würde, sei dabei nur am Rande vermerkt.

Dementsprechend ist Art. 33 Abs. 1 GBV in Fällen wie dem vorliegenden dahingehend einschränkend auszulegen, dass der Anspruch des Eigentümers auf Eintragung eines materiellrechtlich zulässigen Rechtsvorgangs dem Interesse an einer grundbuchrechtlichen Bereinigung vorgeht. Ausnahmsweise genügt es daher hier für den Eintrag der von der Beschwerdeführerin durchgeführten Abparzellierung, dass die mit der Abparzellierung verbundene Übertragung von Miteigentum an den Anmerkungsgrundstücken Nrn. Y und Z ohne Veränderung des quotal unbestimmten Miteigentumsanteils des Eigentümers der bisherigen Parzelle Nr. X und ohne Veränderung des Verhältnisses zwischen Alt- und Neuparzelle infolge der Abparzellierung erfolgt. Praktisch sind auf dem Hauptbuchblatt der neuen Parzelle Nr. T die (quotal unbestimmten) Anteile an den Anmerkungsgrundstücken anzumerken und ist auf den Grundbuchblättern der beiden Anmerkungsparzellen die neue Parzelle Nr. T zusätzlich zu den bereits dort figurierenden Grundstücken in die Spalte "Eigentümer gem. Art. 32 GBV" aufzunehmen.

IX. Gesundheitsrecht

47 Entbindung vom Arztgeheimnis

- **Verhältnis der gesetzlichen Meldepflicht des Art. 15 BetmG und § 55b EG ZGB zur ärztlichen Schweigepflicht**
- **Bei einer möglichen Gefährdung von Kindern rechtfertigte objektive Anhaltspunkte eine Entbindung**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 19. August 2009 in Sachen C.G. gegen M.P. (WBE.2008.270).

Aus den Erwägungen:

II.

1.

1.1.

Gemäss Art. 321 StGB sowie § 30 GesG haben Ärzte Geheimnisse, die sie im Rahmen ihrer Berufstätigkeit feststellen, zu wahren. Von dieser Schweigepflicht können sie sich durch Einwilligung des Berechtigten oder durch eine Bewilligung, welche im Kanton Aargau vom DGS erteilt werden kann, befreien lassen. Auch bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten (Art. 321 Ziff. 3 StGB). Da mit der Geheimhaltungspflicht von Berufsgeheimnissen das verfassungsmässige Recht auf Privatsphäre (Art. 36 BV) geschützt wird, ist die Bewilligung zur Offenbarung des Berufsgeheimnisses nur zulässig, wenn neben der gesetzlichen Grundlage, welche sowohl in Art. 321 StGB als auch in § 30 GesG besteht, das Interesse des Arztes oder der Allgemeinheit an der Offenbarung klarerweise gegenüber dem Interesse des Patienten an der Geheimhaltung überwiegt und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Die Aufhebung der Geheimhaltungspflicht des

Arztes bedeutet einen Eingriff in die Geheimsphäre, also in höchstpersönliche Rechte (Heinz Walter Blass, Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte, S. 71 ff.; Marc-Antoine Schaffner, L'autorisation de révéler un secret professionnel, S. 20 f. und 64; Alexander Sieben, Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidgenössischen Strafgesetzbuches, S. 45). Sie darf nur ganz ausnahmsweise durchbrochen werden, wenn es zur Wahrung höherer Interessen unumgänglich ist (vgl. BGE 91 I 200 Erw. 2 f. mit Hinweisen).

1.2. - 1.4.(...)

2.

2.1.

Art. 15 Abs. 1 BetmG sieht für Ärzte, die bei Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit einen Betäubungsmittelmissbrauch feststellen, ein Melderecht vor. Vorausgesetzt wird weder eine Betäubungsmittelsucht noch ein massiver Konsum von Betäubungsmitteln, wie sich insbesondere aus der von der Beschwerdeführerin zitierten Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 9. Mai 1973, S. 1363 f. (BB1 1973 I 1348-1379) entnehmen lässt. Bei dieser Revision wurde in Art. 15 Abs. 1 als auch in der Überschrift der Ausdruck "Betäubungsmittelsucht" durch "Betäubungsmittelmissbrauch" ersetzt. Als Betäubungsmittelmissbrauch gilt grundsätzlich jeder unbefugte Betäubungsmittelkonsum, d.h. ein Konsum welcher nicht aufgrund einer ärztlichen Anordnung erfolgt (vgl. Art. 19 f. und Art. 9 f. BetmG). Die konsumierte Menge ist daher nicht ausschlaggebend. Massgebend ist vielmehr, dass nach ärztlicher Einschätzung Betreuungsmassnahmen im Interesse des Patienten, seiner Angehörigen oder der Allgemeinheit angezeigt sind. Schon im Anfangsstadium des Betäubungsmittelgebrauchs und ohne dass eine Abhängigkeit oder Sucht vorliegt, können Betreuungsmassnahmen angezeigt sein (Botschaft, a.a.O., 1364).

2.2.

Nach den Akten suchte die Beschwerdeführerin aufgrund eines Erschöpfungszustandes ihren Hausarzt, Dr. med. X., auf, welcher sie an den Beschwerdegegner zur psychologischen Betreuung überwies. Unbestrittenermassen hat die Beschwerdeführerin ihrem damaligen

Hausarzt, Dr. med. X., und der behandelnden Psychologin in der Praxis des Beschwerdegegners, Y., mitgeteilt, dass sie übermässig Alkohol und regelmässig mehrere Joints (15 - 20 Joints pro Tag), konsumiert. Sie hat ihren erheblichen Betäubungsmittelkonsum und Alkoholkonsum im Bericht an den Beschwerdegegner unterschriftlich bestätigt. In ihrem Schreiben vom (...), in welchem sie ihre Zustimmung zum Bericht von Y. an den Beschwerdegegner widerrief, führte sie nur an, sie habe zu hohe Mengenangaben gemacht. Damit ist der Alkohol- und Cannabiskonsum an sich relativiert, aber nicht ausgeschlossen. Ihre Ausführungen im Schreiben vom (...) können in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nur so verstanden werden, dass die Beschwerdeführerin lediglich ihre Angaben hinsichtlich der konsumierten Mengen widerrief. Nicht widerrufen ist damit die Tatsache, dass sie Cannabis konsumierte bzw. konsumierte. Auch in der Stellungnahme vom (...) bestreitet die Beschwerdeführerin den Konsum nicht. Vielmehr ist auch hier lediglich die Rede von weit überhöhten Angaben der Beschwerdeführerin betreffend ihres eigenen Suchtmittelkonsums. Das Gleiche gilt für die Ausführungen in der Beschwerdeschrift vom (...). Die gegenteiligen Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erscheinen damit wenig überzeugend und auch das Blutanalyseblatt lässt nicht zwingend auf eine Betäubungsmittelabstinenz schliessen. Analysewerte für die einschlägigen Substanzen (vgl. dazu Art. 2 Abs. 2 VRV) fehlen.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Beschwerdeführerin die Vornahme einer Blutanalyse zu ihrem Betäubungsmittelkonsum verweigerte und die Behandlung in der Praxis des Beschwerdegegners vorzeitig abgebrochen hat. Sie lehnte sodann eine Entbindung ihres Hausarztes Dr. X. vom Arztgeheimnis ab und wechselte zu einem neuen Hausarzt. Verdachtsmomente eines Alkoholmissbrauchs ergeben sich sodann aus dem Bericht des Kantonsspitals (...), wonach die Beschwerdeführerin während einer Arztkonsultation mit einem Pflegekind alkoholisiert gewesen sein könnte.

2.3.

Im Zeitpunkt des Entbindungsgesuchs (...) betreute die Beschwerdeführerin die leibliche Tochter A., geb. 2002, seit Dezember 2005 den Pflege Sohn B., geb. 2004, und seit Dezember 2004 das Ta-

geskind C., geb. 2002. Zusätzlich beaufsichtigte sie stundenweise Tageskinder, welche ihr von Z. vermittelt wurden. Aktenkundig sind massive Erziehungsschwierigkeiten beim Pflegekind.

Die Beschwerdeführerin war vom (...) bis (...) in der Gemeinschaftspraxis des Beschwerdegegners in Behandlung. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin an einem (grossen) Erschöpfungszustand litt. Ihr Hausarzt verschrieb Psychopharmaka und riet zu einer psychiatrischen Abklärung und Behandlung. Gegenüber ihrem Hausarzt und im Verlaufe der psychiatrischen Behandlung gab sie detailliert Auskunft zu ihrem Betäubungsmittel- und Alkoholkonsum, welche den Schluss auf eine Substanzabhängigkeit und einen Suchtmittelabusus zuliessen. In ihren anamnetischen Angaben schilderte sie eine jahrelange Depression mit Angstzuständen. Die Angaben bestätigte sie mit ihrer Unterschrift zum Bericht der behandelnden Psychologin.

Aufgrund der Angaben der Beschwerdeführerin, den Feststellungen des Hausarztes und des Beschwerdegegners bzw. der behandelnden Psychologin, lagen angesichts der unbestrittenen Belastungssituation der Beschwerdeführerin ausreichende objektive Anhaltspunkte für eine mögliche Gefährdung der von ihr betreuten Kinder vor. An den ausreichenden Verdachtsgründen vermag der Widerruf der Angaben zum Betäubungsmittelkonsum und ihrer Unterschrift zum Bericht der Psychologin nichts zu ändern. Die Meldepflicht in Art. 15 Abs. 1 BetrMG hat einen präventiven Charakter. An den Nachweis des Betäubungsmittelmissbrauchs sind daher keine hohen Anforderungen zu stellen und er erfordert insbesondere keinen (Labor-) Nachweis der medizinischen Befunde. Im Einzelfall können die anamnetischen Angaben eines Patienten oder einer Patientin durchaus genügen, wenn sie glaubhaft erscheinen und eine zulässige Grundlage für eine medizinische Diagnose bilden. Der Beschwerdeführerin kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie ihrem Widerruf eine grössere Bedeutung beimessen will, als den gegenüber Hausarzt und - während Monaten - dem Beschwerdegegner bzw. der behandelnden Psychologin gegenüber aufrecht erhaltenen, unterschriftlich bestätigten Angaben zu ihrer psychischen Verfassung und ihrem Suchtverhalten. Der Widerruf erfolgte zudem nach Darstellung der

Beschwerdeführerin und ihres Ehegatten im Zusammenhang mit der ultimativen Aufforderung des Beschwerdegegners zu einer Blutanalyse und stand offensichtlich bereits mit dem Behandlungsabbruch im Zusammenhang. Ziel der Blutanalyse war nachgerade die zuverlässige Feststellung der Sucht und damit die Verifizierung der Angaben der Beschwerdeführerin. Ihre Weigerung und der Behandlungsabbruch konnten damit auch eine zusätzliche Selbst- oder Drittgefährdung nahelegen oder zumindest anfängliche Verdachtsmomente verstärken. Wie es sich damit verhält, ist unter diesen Umständen nicht abschliessend zu untersuchen. Zur Gefährdungsmeldung nach dem Betäubungsmittelgesetz sind die Ärzte ermächtigt, wenn sie aufgrund einer medizinischen Diagnose eine Betreuungsmassnahme u.a. im Interesse des Patienten und seiner Angehörigen als angezeigt erachten. Die gesetzliche Ermächtigung räumt den Ärzten ein Ermessen bei der Einschätzung des Gefährdungspotenzials ein. Soweit Drittpersonen das Verhalten der Beschwerdeführerin nachträglich als "Hilferuf" bezeichnen und vortragen, sie habe in ihrer Schilderung masslos übertrieben, kann dem Beschwerdegegner keine falsche Einschätzung vorgeworfen werden. Gerade solche "Hilferufe" können auch Anlass zu Betreuungsmassnahmen bilden. Die Angaben der Beschwerdeführerin zur konkreten Lebens- und Familiensituation konnten vom Beschwerdegegner naturgemäss nur beschränkt auf ihren Wahrheitsgehalt geprüft werden, und Anlass zu Zweifeln an ihrer Glaubwürdigkeit ergab sich allenfalls, als sie ihre Angaben widerrief. Im Hinblick auf die Gefährdungssituation und die Notwendigkeit von Betreuungsmassnahmen konnte der Widerruf daher durchaus einen weiteren Anlass zur Abklärung durch die zuständigen Behörden geben. Die Meldung gemäss Art. 15 Abs. 1 BetmG soll gerade die Möglichkeit zur rechtzeitigen Abklärung einer möglichen Gefährdung gewährleisten. Die Meldestellen unterstehen dem Amts- und Berufsgeheimnis (vgl. Art. 15 Abs. 2 BetmG). Unter diesen Umständen das Gesuch um Entbindung vom Arztgeheimnis zu stellen, ist daher nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass das Gesuch um Entbindung sich auch deshalb rechtfertigte, weil Art. 15 BetmG i.V.m. der kantonalen Bestimmung in § 11 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel vom 3. September 1953

(VVO BetmG) den Arzt in schweren Fällen zur Meldung verpflichtet.

Eine niedrige Schwelle ist grundsätzlich bei der Beurteilung der Gefährdung von Kleinkindern angezeigt. Der Arzt, welcher eine Patientin mit Betreuungs- und Obhutspflichten von Kleinkindern behandelt, verfügt in der Regel nicht über die notwendigen Informationen zur Beurteilung einer konkreten Gefährdung, noch ist er für diese Abklärungen zuständig. Die Gefährdungsmeldung hat vielmehr den Zweck die zuständigen Behörden auf eine mögliche Gefahr für das Kindeswohl aufmerksam zu machen. Dem Schutzzweck zum Wohl des Kindes dienen auch die bundes- und kantonrechtlichen Bestimmungen im Kindesrecht. Ist ein Kind gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Vormundschaftsbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Die Kantone sichern durch geeignete Vorschriften die zweckmässige Zusammenarbeit der Behörden und Stellen auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Kindeschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe (Art. 317 ZGB). Im Kanton Aargau gilt, aufgrund dieser bundesrechtlichen Vorgaben, ein Melderecht und eine Meldepflicht. Gemäss § 55b Abs. 1 EG ZGB ist "jedermann" berechtigt, die Gefährdung von Kindern der Vormundschaftsbehörde zu melden. Abs. 2 dieser Bestimmung verpflichtet Behörden und Beamte zu einer solchen Meldung. Bei objektiven Anhaltspunkten für eine Gefährdung des Kindeswohls kann der Arzt daher eine Gefährdungsmeldung an die Vormundschaftsbehörde richten. Das gesetzliche Melderecht im kantonalen Recht begründet, wie Art. 15 Abs. 1 BetmG, einen Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 14 StGB und berechtigt den Geheimnisträger jedenfalls eine Bewilligung bei der vorgesetzten Behörde zu beantragen (Brigitte Tag, in: Moritz W. Kuhn/Thomas Poledna, *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2007, 13. Kapitel, V.1.e/cc, S. 754). Ob dieses Melderecht sogar die Entbindung vom Berufsgeheimnis durch die vorgesetzte Behörde unnötig macht, wie dies ein Teil der Lehre vertritt, kann hier offen bleiben (vgl. Brigitte Berger Kurzen; *E-Health und Datenschutz*, Rz. 199). Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die in der VVO BetmG vorgesehene Zuständig-

keit des Kantonsarztes für die Meldung nach Art. 15 BetmG ist daher nicht relevant.

Der nach Darstellung der Beschwerdeführerin bloss vorgeschobene regelmässige und übermässige Cannabis- und Alkoholkonsum begründete, aufgrund des unbestrittenen Erschöpfungszustands der Beschwerdeführerin, ausreichende Verdachtsmomente für eine Meldung, selbst wenn die Mengenangaben nachträglich bestritten wurden und nicht zutreffen. Nicht zu beanstanden sind daher die Feststellungen der Vorinstanz zur Überlastungssituation und zum ausreichenden Gefährdungsverdacht. Aufgrund der objektiv möglichen und nicht auszuschliessenden Gefährdung der drei Kinder wurde das Interesse an der Entbindung vom Berufsgeheimnis zu Recht höher als das Interesse der Beschwerdeführerin an der Wahrung ihrer Geheimnissphäre eingestuft. Von einer ungenügenden, weil zu vagen Verdachtslage kann nicht die Rede sein, auch wenn rückblickend die Beurteilung des Beschwerdegegners unzutreffend war oder die Vormundschaftsbehörde den Verdacht nicht bestätigen konnte. Dem Beschwerdegegner stand bei der Beurteilung einer möglichen Gefährdung der Kinder, welche der Beschwerdeführerin anvertraut waren, ein erhebliches Ermessen zu. Im Zweifelsfall ist eine Gefährdungsmeldung im Interesse der Kinder angebracht, wenn nicht geboten. Im massgebenden Gesuchszeitpunkt waren daher die Voraussetzungen für eine Entbindung gegeben, zumal die Beschwerdeführerin die medizinische Verifizierung selbst verhinderte.

X. Einbürgerungen

48 **Rechtswittelweg gegen ablehnende Bürgerrechtsentscheide der Gemeindeversammlung**

- **Bei der Anfechtung von ablehnenden Entscheiden der Gemeindeversammlung über ordentliche Einbürgerungen von Ausländern ist der Regelrechtswittelweg gemäss VRPG einzuhalten, indem zunächst verwaltungsintern Beschwerde zu führen ist und erst anschliessend der Weg ans Verwaltungsgericht offen steht.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 29. September 2009 in Sachen J.G. gegen die Einwohnergemeinde S. (WBE.2009.219).

Aus den Erwägungen

I.

1.

Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (§ 8 Abs. 1 VRPG).

Bestehen – wie hier (siehe hinten Erw. 4.1 ff.) – Zweifel an der Zuständigkeit, führt das Verwaltungsgericht ein Meinungs austauschverfahren mit den für die Behandlung der entsprechenden Eingabe in Betracht fallenden Behörden durch (§ 8 Abs. 2 VRPG). Zuständigkeitskonflikte, auch negative Kompetenzkonflikte (keine der im Meinungs austauschverfahren einbezogene Instanz hält sich für zuständig), entscheidet das Verwaltungsgericht (§ 9 Abs. 2 VRPG).

2.

2.1.

Gemäss § 54 Abs. 1 VRPG ist gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und, wenn vorgesehen, gegen Entscheide der Spezialverwaltungsgerichte, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig. Als Vorfrage ist zunächst zu prüfen, ob ein Aus-

schluss im Sinne des Ausnahmekatalogs gemäss § 54 Abs. 2 VRPG oder nach § 54 Abs. 3 VRPG vorliegt.

2.2.

§ 54 Abs. 2 VRPG schliesst für verschiedene Sachbereiche ausdrücklich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus (vgl. die Aufzählung in § 54 Abs. 2 lit. a - h). Hier liegt keiner der in § 54 Abs. 2 lit. a - h VRPG genannten Ausschlussgründe vor.

2.3.

2.3.1.

§ 54 Abs. 3 VRPG behält für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zusätzlich Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen vor. In Betracht fällt hier allein das Gesetz vom 22. Dezember 1992 über das Kantons- und Gemeindebürgerrecht (KBüG; SAR 121.100).

2.3.2.

Gemäss § 13 KBüG ist der Gemeinderat zuständig für Einbürgerungen von Schweizerbürgern (ebenso wie für Entlassungen aus dem Kantons- und Gemeindebürgerrecht). Als Rechtsweg gegen solche Beschlüsse des Gemeinderats sieht § 16 Abs. 1 erster Satz KBüG die Beschwerde beim Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI) sowie gegen dessen Entscheid die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor.

2.3.3.

Im Gegensatz dazu trifft der Gemeinderat im hier massgebenden Einbürgerungsverfahren für Ausländer diejenigen Erhebungen, die für die Beurteilung der Einbürgerungsvoraussetzungen erforderlich sind und legt anschliessend, wenn die Wohnsitzerfordernisse erfüllt sind, das Gesuch der Gemeindeversammlung zur Beschlussfassung über die Zusicherung des Gemeindebürgerrechts vor (§ 11 Abs. 2 KBüG). Nach Rechtskraft des (positiven) Beschlusses der Gemeindeversammlung übermittelt der Gemeinderat die Akten dem DVI, welches seinerseits die eidgenössische Einbürgerungsbewilligung einholt und dann die Akten mit Bericht und Antrag an die Einbürgerungskommission des Grossen Rats weiterleitet (§ 11 Abs. 3 und 4 KBüG).

Gegen Entscheide der Gemeindeversammlung, des Einwohnerrats, des Grossen Rats oder der Einbürgerungskommission des Grossen Rates ist die Beschwerde gemäss § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG – im Gegensatz zu § 16 Abs. 1 erster Satz KBüG – generell ausgeschlossen. Mit der genannten Norm besteht somit eine Sonderbestimmung im Sinne von § 54 Abs. 3 VRPG, welche die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich ausschliesst.

3.

3.1.

Gemäss § 54 Abs. 4 VRPG ist indes die Beschwerde auch in den Fällen von Abs. 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird. Mit der Bestimmung soll bereits innerkantonal reagiert werden können, wenn ein Sachgebiet zu Unrecht dem gerichtlichen Rechtsschutz entzogen worden ist, damit nicht zuerst ein Bundesgerichtsentscheid ergehen muss, der den Kanton zur Änderung zwingt (Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bericht und Entwurf zur 1. Beratung [Botschaft VRPG], S. 66).

3.2.

Der Beschwerdeführer macht zwar nicht ausdrücklich geltend, § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG verletze den Anspruch auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde. Dazu bestand indessen für ihn auch kein Anlass, gelangte er doch erst aufgrund der Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung, welche auf die Möglichkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde hinweist, ans Verwaltungsgericht (zur Rechtsmittelbelehrung siehe hinten). Damit geht der Beschwerdeführer (ebenso wie die Gemeinde S., das DVI und der Regierungsrat) der Sache nach davon aus, es müsse entgegen § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung von ablehnenden Entscheiden über die ordentliche Einbürgerung bestehen. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

3.3.

3.3.1.

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen (Art. 29a BV). Die neuere Lehre und Rechtsprechung (vgl. ANDREAS KLEY, in: St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 29a N 34 f. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juni 2009 [1D_1/2009], Erw. 2.2) geht davon aus, dass Einbürgerungsentscheide nicht zu den Ausnahmefällen zählen, für welche der Bund oder die Kantone einen Ausschluss von der Rechtsweggarantie vorsehen können. Der Ausschluss jeglichen Rechtsschutzes gegen Einbürgerungsentscheide der Gemeindeversammlung gemäss § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG erweist sich somit als verfassungswidrig.

3.3.2.

Dieses Ergebnis wird ausdrücklich durch die Neufassung von Art. 50 des Bundesgesetzes vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (BüG; SR 141.0, Fassung gemäss Ziff. I des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 2007, AS 2008 S. 5911 f., in Kraft seit 1. Januar 2009) bestätigt, der die Kantone dazu verpflichtet, Gerichtsbehörden einzusetzen, die als letzte kantonale Instanzen Beschwerden gegen ablehnende Entscheide über die ordentliche Einbürgerung beurteilen (vgl. zum Ausschluss des Rechtsschutzes gegen positive Entscheide: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat [Amtl. Bull. N] 2007, Herbstsession, S. 1579 ff.). Die Notwendigkeit eines derartigen kantonalen Rechtsmittels leitet sich gemäss dem Bericht der staatspolitischen Kommission des Ständerats vom 27. Oktober 2005 zur parlamentarischen Initiative des damaligen Ständerats Thomas Pfisterer (nachfolgend Bericht) "insofern aus der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV gemäss Justizreform) her, als die Kommission den Entscheid über Gesuche um ordentliche Einbürgerung nicht nur als politischen Akt, sondern auch als individuell-konkreten Rechtsanwendungsakt erachtet. (...). Art. 50a BüG zeigt also deutlich die Interpretation des Gesetzgebers, wonach Streitigkeiten im Bereich der ordentlichen

Einbürgerung keinen vorwiegend politischen Charakter im Sinne von Art. 86 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes haben" (BBl 2005, Nr. 48, S. 6953). Art. 50 BÜG ist weiter hinsichtlich des kantonalen Rechtsschutzes so auszulegen, dass es sich um ein oberes kantonales Gericht handeln muss, sofern nur eine gerichtliche Instanz vorgesehen wird. Dies ergibt sich aus Art. 50 BÜG in Verbindung mit den Vorschriften des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110). Gemäss Art. 113 BGG ist gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen über ordentliche Einbürgerungen die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben (vgl. zum Ausschluss der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Art. 83 lit. b BGG). Für die kantonalen Vorinstanzen greift (durch den Verweis in Art. 114 BGG) Art. 86 Abs. 2 BGG, wonach die Kantone als Vorinstanz des Bundesgerichts obere Gerichte einzusetzen haben.

3.4.

Der generelle Ausschluss des Beschwerderechts gemäss § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBÜG verstösst – wie dargelegt – sowohl gegen Art. 29a BV als auch gegen Art. 50 BÜG, da beide Vorschriften auf kantonaler Ebene eine gerichtliche Überprüfung von Einbürgerungsentscheiden verlangen. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet. Es ist festzustellen, dass der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen negative Entscheide über die ordentliche Einbürgerung gemäss § 54 Abs. 3 VRPG i.V.m. § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBÜG nicht greift und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei ablehnenden Entscheiden über die ordentliche Einbürgerung gemäss der Generalklausel von § 54 Abs. 1 VRPG grundsätzlich zulässig ist.

4.

4.1.

Das VRPG sieht für die Anfechtung behördlicher Anordnungen als Regel die Möglichkeit der Beschwerde an eine Verwaltungsbehörde vor (§ 41 Abs. 1 VRPG; vgl. auch § 50 Abs. 1 und 2 VRPG betreffend die durch den Regierungsrat zu behandelnden Beschwerden bzw. die Kompetenzdelegation an andere Behörden). Dementsprechend ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erst gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden, d.h. grundsätzlich

erst nach Ausschöpfung des verwaltungsinternen Rechtsmittels, zulässig (§ 54 Abs. 1 VRPG). Es ergibt sich ein zweistufiger Regelrechtsweg mit einer verwaltungsinternen und einer verwaltungsexternen Instanz (ebenso Botschaft VRPG, S. 7 f., wonach ein ideales Instanzenmodell zwei Rechtsmittelinstanzen umfasst (erste Instanz: Ermessenkontrolle; zweite Instanz: unabhängige richterliche Instanz) sowie Protokoll des Grossen Rates [Prot. GR] vom 5. Juni 2007, Art. 1132, S. 2273, Votum Regierungsrat Wernli). Damit stellt sich hier die Frage, ob der Entscheid der Gemeindeversammlung S. vom 18. Juni 2009 nicht zunächst mit Beschwerde beim Regierungsrat anzufechten ist.

4.2.

4.2.1.

§ 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG schliesst jeglichen Rechtsschutz gegen Entscheide der Gemeindeversammlung über die ordentliche Einbürgerung von Ausländern aus. Die Bestimmung enthält somit ihrem Wortlaut nach nicht nur einen – wie dargelegt unzulässigen – Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung entsprechender Entscheide der Gemeindeversammlung, sondern sie versperrt darüber hinaus auch den Weg des verwaltungsinternen Rechtsschutzes mittels Beschwerde.

Diese Regelung beruht auf der Prämisse, dass es sich beim Entscheid über die ordentliche Einbürgerung von Ausländern um einen politischen Akt handelt, welcher wegen seiner Qualität als freier Ermessensentscheid des Souveräns jeglicher Überprüfung entzogen sein soll. Diese Grundlage trägt indessen – wie dargelegt – von Bundesrechts wegen nicht mehr, sondern es ist im Gegenteil von einer Doppelnatur des Einbürgerungsentscheids als politischer Akt, aber auch als individuell-konkreter Verwaltungsakt auszugehen (siehe vorne Erw. 3.3.2). Daher ist bei der Auslegung von § 16 Abs. 2 KBüG danach zu fragen, wie der Gesetzgeber legiferiert hätte, wenn er um die Unrichtigkeit der Prämisse gewusst hätte, insbesondere ob er in diesem Fall eine direkte Anfechtung beim Verwaltungsgericht vorgesehen, d.h. auch dann die verwaltungsinterne Kontrolle des Einbürgerungsentscheids ausgeschlossen hätte. Eine Antwort auf diese Frage lässt sich aus § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG naturge-

mäss nicht ableiten, da der Gesetzgeber bei Erlass der Bestimmung – damals zu Recht – (noch) von der Prämisse der politischen Natur des Einbürgerungsentscheids ausging und sich damit für ihn diese Frage gar nicht stellte.

4.2.2.

Dieses Zwischenergebnis – bundesrechtliche Notwendigkeit einer gerichtlichen Überprüfung, keine Aussage in § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG darüber, ob der gerichtlichen Überprüfung eine verwaltungsinterne Kontrolle voranzugehen hat – steht im Einklang mit den Materialien, insbesondere mit der Behandlung der Frage nach dem Rechtsschutz gegenüber ablehnenden Einbürgerungsentscheiden im Rahmen der Beratung des VRPG durch den Grosse Rat. Der Antrag, Einbürgerungsentscheide in den Ausnahmekatalog von § 54 Abs. 2 VRPG aufzunehmen, wurde abgelehnt, wobei in der Debatte darauf hingewiesen wurde, dass es einen solchen Ausschluss im Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht brauche: § 54 Abs. 3 VRPG behalte die Bestimmungen in anderen Gesetzen vor und § 16 KBüG stelle eine solche Bestimmung dar. Im Übrigen wurde darauf hingewiesen, dass ein solcher genereller Ausschluss zu weit führe, da damit auch Schweizer Bürgern die bisher ausdrücklich in § 16 Abs. 1 erster Satz KBüG eingeräumte Möglichkeit der Beschwerde ans Verwaltungsgericht genommen werde (vgl. zum Ganzen: Prot. GR vom 5. Juni 2007, Art. 1132, S. 2272, Votum Stüssi-Lauterburg, S. 2278 f., Voten Hollinger und Regierungsrat Wernli sowie Prot. GR vom 4. Dezember 2007, Art. 1451, S. 3025 f., Voten Stüssi-Lauterburg, Hollinger und Regierungsrat Wernli). Auch der Grosse Rat ging somit bei der Beratung des VRPG noch davon aus, dass der generelle Rechtsmittelausschluss von § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG bei Entscheiden über die ordentliche Einbürgerung von Ausländern zulässig sei und stellte sich gar nicht die Frage nach der Ausgestaltung des Rechtswegs im Falle der Unzulässigkeit des Rechtsmittelausschlusses.

4.2.3.

Vielmehr wurde in der Debatte ausdrücklich hervorgehoben, dass sich allenfalls infolge der Gesetzgebungsarbeiten im Bund (Änderung des Bürgerrechtsgesetzes) die Notwendigkeit ergeben könne,

§ 16 KBüG zu revidieren. Gerade in diesem Zusammenhang fehlt indessen jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber bereits irgendwelche Überlegungen in Richtung auf eine Durchbrechung des Regelrechtsmittelzugs gemäss VRPG bei der allfällig notwendig werdenden Änderung von § 16 Abs. 1 zweiter Satz KBüG angestellt hätte (vgl. Prot. GR vom 5. Juni 2007, Art. 1132, S. 2278 f., Voten Hollinger und Regierungsrat Wernli). Damit muss insoweit der Regelrechtsmittelzug des Verwaltungsrechtspflegegesetzes gelten. Für die Anwendung dieser Rechtsmittelordnung auch bei der Anfechtung ablehnender Einbürgerungsentscheide sprechen im Übrigen neben dem Wortlaut und der Systematik des VRPG weitere gewichtige Gründe:

4.2.3.1.

Ein zweistufiger Rechtsschutz gilt auch nach dem Gemeindegesetz, welches in § 105 GG gegen Entscheide von Organen der Gemeinden (und damit auch der Gemeindeversammlung) zunächst die Verwaltungsbeschwerde vorsieht.

4.2.3.2.

In vergleichbarer Weise sind Einwendungen individuell Betroffener gegen Beschlüsse der zuständigen Gemeindeorgane (z.B. Gemeindeversammlung) über Nutzungspläne und -vorschriften zunächst beim Regierungsrat anzufechten (vgl. § 26 BauG).

4.2.3.3.

Ebenso gilt der zweistufige innerkantonale Regelrechtsmittelweg gemäss § 16 Abs. 1 erster Satz KBüG i.V.m. § 13 KBüG gegenüber Beschlüssen des Gemeinderats betreffend die Einbürgerung von Inländern sowie Entlassungen aus dem Kantons- und Gemeindebürgerrecht, wobei aufgrund der vorhandenen Kompetenzdelegation nicht der Regierungsrat, sondern das DVI als erste Rechtsmittelinstanz entscheidet (siehe vorne Erw. 2.3.2).

4.2.3.4.

Gegen den ordentlichen Regelrechtsmittelweg lässt sich auch nicht einwenden, der Entscheid der Gemeindeversammlung über die ordentliche Einbürgerung von Ausländern stelle einen Volksentscheid dar, der – wenn überhaupt – nur einer gerichtlichen, nicht aber der Überprüfung durch eine Verwaltungsbehörde zugänglich sei, da auch

andere Entscheide der Gemeindeversammlung der Beschwerde an den Regierungsrat unterliegen (siehe vorne Erw. 4.2.3.1 und 4.2.3.2).

4.2.4.

Diese Auslegung von § 54 Abs. 1 VRPG erweist sich schliesslich auch als bundesrechtskonform. Den Materialien zu Art. 50 BÜG ist nämlich zu entnehmen, dass sich der Bundesgesetzgeber mit der Frage der Ausgestaltung des kantonalen Rechtsmittelzugs nicht beschäftigt hat. Er wollte vielmehr den Kantonen diesbezüglich freie Hand lassen (vgl. ausdrücklich Bericht, S. 6953, wonach es den Kantone obliegt, die Fragen der Legitimation zur Beschwerde bei der letztinstanzlichen kantonalen Gerichtsinstanz (wie auch deren Überprüfungs- und Entscheidbefugnisse) zu klären; ebenso Amtl. Bull. Ständerat 2005, Wintersession, S. 1141, Votum Inderkum). Insbesondere äusserte sich der Bundesgesetzgeber nicht dazu, ob der von Bundesrechts wegen erforderlichen gerichtlichen Überprüfung ablehnender Entscheide über die ordentliche Einbürgerung ein verwaltungsinterner Rechtsschutz voranzugehen hat, sondern er beschränkte sich auf die (Minimal-)Forderung eines gerichtlichen Rechtsschutzes.

4.3.

Im Ergebnis und mangels einer anderslautenden spezialgesetzlichen Lösung ist folglich bei der Anfechtung von ablehnenden Entscheiden der Gemeindeversammlung über ordentliche Einbürgerungen von Ausländern der Regelrechtsmittelweg gemäss VRPG einzuhalten, indem zunächst verwaltungsintern Beschwerde zu führen ist und erst anschliessend der Weg ans Verwaltungsgericht offen steht. Da eine Delegation der Entscheidzuständigkeit vom Regierungsrat ans DVI (im Gegensatz zu § 16 Abs. 1 erster Satz KBÜG) bisher nicht stattgefunden hat, ist der Regierungsrat für die Behandlung der Beschwerde zuständig.

4.4.

An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass der Regelrechtsmittelweg gegen ablehnende Entscheide des Grossen Rats bzw. seiner Einbürgerungskommission über die Erteilung des Kantonsbürgerrechts nicht offensteht. Eine Parallelität des Rechtsmittelwegs, wie sie der Regierungsrat für Entscheide der Gemeinde-

versammlung bzw. des Einwohnerrats einerseits und des Grossen Rats bzw. seiner Einbürgerungskommission andererseits postuliert, ist nicht geboten. Auch wenn die Erteilung des Gemeinde-, des Kantons- und des Schweizerbürgerrechts materiell und verfahrensrechtlich miteinander verknüpft sind, werden mit dem jeweiligen Bürgerrecht doch je verschiedene Rechte verliehen bzw. Pflichten auferlegt. Hinzu kommt, dass das Kantonsbürgerrecht gemäss § 11 Abs. 2 und 3 KBüG erst nach Zusicherung des Gemeindebürgerrechts und anschliessender Einholung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung (§ 11 Abs. 4 KBüG; diesbezüglich greift gemäss Art. 51 BÜG der Regelrechtsmittelweg des Bundesrechts; vgl. dazu THOMAS HÄBERLI, in: Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 83 N 49) erteilt wird. Die Situation beim Entscheid des Grossen Rats bzw. der Einbürgerungskommission, der erst zu fällen ist, nachdem – allenfalls nach Beschreitung des Rechtsmittelwegs – rechtskräftig das Gemeindebürgerrecht zugesichert wurde und überdies die rechtskräftige eidgenössische Einbürgerungsbewilligung vorliegt, stellt sich somit anders dar als jene beim Entscheid über die Zusicherung des Gemeindebürgerrechts.

XI. Enteignungsrecht

49 Kostenaufgabe im erstinstanzlichen Verfahren um formelle Enteignung

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. November 2009 in Sachen Einwohnergemeinde U. gegen den Kanton Aargau und den Regierungsrat des Kantons Aargau (WBE.2009.57).

Aus den Erwägungen

5.3.

Nach § 149 Abs. 2 BauG sind in Enteignungsverfahren, in denen Entschädigungen zugesprochen werden, die Verfahrenskosten in der Regel vom entschädigungspflichtigen Gemeinwesen zu tragen. Eine ähnliche Regelung enthielt bereits das Dekret über das Verfahren vor der Schätzungskommission nach Baugesetz und nach Gewässerschutzgesetz (DSchK) vom 22. Februar 1972, welches mit dem Inkrafttreten des Baugesetzes vom 19. Januar 1993 aufgehoben wurde (vgl. § 166 lit. g BauG). Diese Bestimmung lautete wie folgt:

"Kostenverteilung ¹ In Enteignungs- und Entschädigungsstreitigkeiten sind
a) Grundsatz die Kosten des Verfahrens in der Regel vom Enteigner beziehungsweise vom entschädigungspflichtigen Gemeinwesen zu tragen. In allen übrigen Verfahren entscheidet die Schätzungskommission nach Recht und Billigkeit sowie unter Berücksichtigung des Verfahrensausganges über die Kostentragung."

Das Verwaltungsgericht erwog dazu in einem Grundsatzentscheid aus dem Jahr 1985, die Regel, wonach das entschädigungspflichtige Gemeinwesen die Verfahrenskosten zu tragen habe, beziehe sich einzig auf die zweite Phase des Verfahrens um formelle Enteignung, in der das Enteignungsrecht feststehe und sich die Auseinandersetzung nur noch um die Entschädigung drehe. Das Recht

des Privaten, ohne Kostenrisiko den Enteignungsrichter anzurufen, gelte somit bei der formellen Enteignung bloss für die Entschädigungsfrage (AGVE 1985, S. 378). Gemäss den Materialien zum Baugesetz sollte die Regel gemäss § 26 BauG in das neue Baugesetz übernommen und gleichzeitig präzisiert werden (Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 21. Mai 1990 [5397], S. 52). Hinweise darauf, dass die Kostenregelung materiell abgeändert werden sollte, finden sich in den Materialien nicht. Es besteht daher kein Anlass, unter dem geltenden BauG vom Grundsatz abzurücken, wonach sich das Kostenprivileg des Enteigneten lediglich auf die Entschädigungsfrage bezieht. Nachdem sich der Streit im konkreten Fall um das Enteignungsrecht als solches dreht, findet § 149 Abs. 2 BauG keine Anwendung. Die Kostenfrage richtet sich also nach § 33 Abs. 1 aVRPG i.V.m. § 4 Abs. 1 BauG.

5.4.

Nach § 33 Abs. 1 aVRPG ist das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren unentgeltlich; abweichende Bestimmungen sind jedoch vorbehalten. Das Verfahren vor dem Regierungsrat ist zwar ein erstinstanzliches, weil die Schätzungskommission in der Enteignungsfrage keinen Entscheid fällen, sondern das Verfahren nach Scheitern der Einigungsverhandlungen lediglich an den Regierungsrat überweisen kann (§ 154 BauG). Das Baugesetz enthält jedoch eine abweichende Bestimmung im Sinn von § 33 Abs. 1 aVRPG. Gemäss § 5 Abs. 2 BauG können für Entscheide über Enteignungen auch vor erster Instanz Gebühren und Kosten auferlegt werden.

Es gilt zwar der Grundsatz, dass eine Behörde keine Verfahrenskosten zu tragen hat (vgl. AGVE 1996, S. 384 f.). Dieser Grundsatz kommt jedoch dann nicht zum Tragen, wenn die Behörde ein Verfahren selber eingeleitet hat oder wenn eine besondere Interessenlage gegeben ist, die jener im Klageverfahren oder im Zivilprozess entspricht, wenn es also um Interessen des Gemeinwesens namentlich finanzieller Art geht (vgl. AGVE 2006, S. 285; 2000, S. 386 mit Hinweisen). Nachdem die Beschwerdeführerin das vorinstanzliche Verfahren selber durch ihre Einsprache eingeleitet hat, lässt es sich nicht beanstanden, dass der Regierungsrat die vorinstanzlichen Verfahrenskosten nach dem Prozessausgang verlegt

hat. Da die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen ist, hat sie folgerichtig die Kosten des Verfahrens vor dem Regierungsrat zu tragen. Die Rüge, die Vorinstanz habe die Kosten falsch verlegt, ist somit unbegründet.

XII. Verwaltungsrechtspflege

50 Begründungspflicht

- **Nichteintreten auf eine Beschwerde, die keine Begründung enthält. Ein blosser Hinweis auf den Umstand, dass die Vorinstanz lediglich einen Mehrheits-/Minderheitsentscheid gefällt habe, stellt keine den minimalen Begründungsanforderungen entsprechende Begründung dar.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 15. Juli 2009 in Sachen M. (WBE.2008.339).

Aus den Erwägungen

3.

3.1

Gemäss § 39 Abs. 2 aVRPG muss die Beschwerdeschrift einen Antrag und eine Begründung enthalten (ebenso: § 151 Abs. 2 aStG i.V.m. § 149 Abs. 2 aStG). Auch nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Begründung Gültigkeitsvoraussetzung. Sind Antrag oder Begründung auch nicht ansatzweise vorhanden, so wird, ohne dass eine Nachfrist anzusetzen wäre, auf die Beschwerde nicht eingetreten; Voraussetzung ist, dass die angefochtene Verfügung mit einer umfassenden Rechtsmittelbelehrung versehen war, die auf diese Folge hinweist (vgl. AGVE 1975, S. 288 ff.; 1984, S. 447 f.; 1998, S. 597 ff.). Das Bundesgericht hat diese Praxis geschützt und darin keinen überspitzten Formalismus erblickt (AGVE 1996, S. 389 ff.).

Mit der Begründung ist darzulegen, in welchen Punkten nach Auffassung der Beschwerdeführer der angefochtene Entscheid Mängel aufweist. Eine stereotype Wiederholung der bereits gegen die vorvorinstanzliche Verfügung vorgebrachten Rügen ohne Bezug-

nahme auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid reicht nicht aus; in derartigen Fällen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Dasselbe gilt, wenn pauschal auf vorangegangene Rechtsschriften verwiesen wird (vgl. AGVE 2001, S. 375, Erw. 2.a.; MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38–72 aVRPG], Zürich 1998, § 39 N 39, m.w.H.). Sind Antrag oder Begründung unklar oder widersprüchlich, ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Nachfrist zur Verdeutlichung anzusetzen (§ 39 Abs. 3 aVRPG). Bei Laienbeschwerden werden an die Begründung keine allzu hohen Anforderungen gestellt; wobei immerhin verlangt werden darf, dass der Beschwerdeführer darlegt, weshalb er mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht einverstanden ist und welche Erwägungen des angefochtenen Entscheids aus welchen Gründen nicht zutreffen sollen.

An dieser Rechtsprechung zum Begründungserfordernis ist festzuhalten.

3.2

Im vorinstanzlichen Entscheid wurden die Beschwerdeführer in der Rechtsmittelbelehrung ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die fristgerecht einzureichende Beschwerdeschrift neben einem Antrag auch eine Begründung enthalten muss, d.h. dass sie darzulegen haben, aus welchen Gründen sie eine andere Entscheidung verlangen. Zudem wurden sie darin ausdrücklich auf die Folge des Nichteintretens hingewiesen, sofern die Beschwerde diesen Anforderungen nicht entspricht.

3.3

3.3.1

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2008 (Postaufgabe) und somit am letzten Tag der Beschwerdefrist erhob der Beschwerdeführer 1 persönlich Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Darin setzt er sich mit keinem Wort mit der Argumentation im angefochtenen Entscheid auseinander, sondern er verweist lediglich auf die bisher ins Recht gelegten Rechtsschriften seines Vertreters und darauf, dass die Vorinstanz lediglich einen Mehrheitsentscheid gefällt habe, was belege, dass sich die Vorinstanz in seiner Argumentation nicht sicher gewe-

sen sei. Der Verweis auf die bisher ins Recht gelegten Rechtsschriften genügt den Begründungsanforderungen offensichtlich nicht.

3.3.2.

Zu prüfen ist, ob im blossen Hinweis, dass die Vorinstanz lediglich einen Mehrheitsentscheid fällte, eine den minimalen Begründungsanforderungen entsprechende Begründung zu entdecken ist.

Die Mehrheit des Verwaltungsgerichts vermag auch im Hinweis auf den vorinstanzlichen Mehrheitsentscheid keinerlei Begründung zu erkennen. Die Beschwerdeführer machen damit lediglich eine Tatsachenfeststellung und legen diesbezüglich nicht einmal ansatzweise dar, dass und weshalb die Minderheitsmeinung zutreffend bzw. die Mehrheitsmeinung falsch sein soll (vgl. zur Minderheitsmeinung: § 276 lit. e ZPO).

3.3.3.

Mit diesem Hinweis ist daher nicht ansatzweise begründet, weshalb der angefochtene Entscheid materiell falsch sein soll. Selbst die Beschwerdeführer sehen darin nur eine Unsicherheit der Vorinstanz. Die Beschwerdebegründung setzt sich nicht einmal kurz mit dem angefochtenen Entscheid auseinander, weshalb sie auch nicht als unklar bezeichnet werden kann und eine Nachfristansetzung zur Verbesserung kann nicht in Frage kommen (siehe vorne Erw. 3.1).

Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführer im Rekursverfahren anwaltlich vertreten waren. So erhob der Rechtsvertreter für die Rekurrenten innert der Rekursfrist einen begründeten Rekurs. Der abweisende Entscheid der Vorinstanz wurde dem Vertreter der Rekurrenten zudem unbestrittenermassen am 25. September 2008 korrekt eröffnet. Der Beschwerdeführer 1 verweist schliesslich in der Beschwerdeschrift vom 27. Oktober 2008 auf die Eingaben seines Vertreters Dr. _____ und ersucht darum, es sei ihm oder seinem Rechtsvertreter gegebenenfalls Gelegenheit zu geben, die vorliegende Beschwerde zu ergänzen. Damit zeigt er unmissverständlich an, dass die Beschwerdeführer weiterhin durch den bereits im Rekursverfahren mandatierten Rechtsvertreter vertreten sind. Ihnen musste unter diesen Umständen klar sein, dass sie bzw. ihr Vertreter innert der Beschwerdefrist eine begründete Beschwerde einreichen

müssen, damit überhaupt auf die Beschwerde eingetreten werden kann. Im Übrigen bringen die Beschwerdeführer keinerlei Argumente vor, weshalb es ihnen bzw. ihrem Rechtsvertreter nicht möglich gewesen sei, innert Frist eine begründete Beschwerde einzureichen.

Auf die Beschwerde ist damit mangels Begründung nicht einzutreten.

51 **Warnungsentzug**

- **Verfahrens- und Parteikostenverlegung gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei teilweisem Obsiegen (neuer Parteibegriff; Verrechnung)**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 16. September 2009 in Sachen M.L. gegen den Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2009.120).

Aus den Erwägungen

III.

Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt, wobei den Behörden Verfahrenskosten nur auferlegt werden, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben (§ 31 Abs. 2 VRPG). Nachdem der Beschwerdeführer zu 5/6 obsiegt, sind die vorinstanzlichen sowie die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten vom Beschwerdeführer zu 1/6 zu tragen, wobei der Staat die restlichen Verfahrenskosten trägt.

Für die Parteikosten gilt mit Inkrafttreten des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 4. Dezember 2007 die neue Regelung in § 32 Abs. 2 VRPG. Nach dieser Bestimmung sind die Parteikosten in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen auf die Parteien zu verlegen. Eine Einschränkung entsprechend der Regelung bei den Verfahrenskosten, wonach den Behörden Verfahrenskosten nur auferlegt

werden, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben, sieht das Gesetz bei der Parteikostenverteilung nicht vor.

Was die vorinstanzlichen Parteikosten anbelangt, so hat im dortigen Verfahren neben dem Beschwerdeführer (§ 13 Abs. 2 lit. a VRPG) das Strassenverkehrsamt gemäss § 13 Abs. 2 lit. e VRPG Parteistellung, weshalb diesem die Parteientschädigung zu Gunsten des teilweise obsiegenden Beschwerdeführers aufzuerlegen ist. Nachdem dort der Beschwerdeführer zu 5/6 und das Strassenverkehrsamt zu 1/6 obsiegen, hat der Beschwerdeführer Anspruch auf einen Anteil von 2/3 (=4/6) seiner Parteikosten. Die Verrechnung der Bruchteile folgt dem Ergebnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien (§ 32 Abs. 2 VRPG). In den zivilprozessualen Verfahren gilt die materiell gleichlautende Regelung in § 112 Abs. 1 ZPO und die Praxis, dass die Parteikosten beider Parteien als Ganzes genommen und die Anteile des Obsiegens bzw. Unterliegens verrechnet werden (siehe dazu AGVE 2000, S. 51 f.; Alfred Bühler / Andreas Edelmann / Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau 1998, § 112 N 6 mit Hinweisen). Das Strassenverkehrsamt hat somit ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer die vor der Vorinstanz entstandenen Parteikosten in Höhe von 2/3 zu ersetzen.

Was die verwaltungsgerichtlichen Parteikosten bzw. das Verfahren vor Verwaltungsgericht anbelangt, so hat dort neben dem Beschwerdeführer (§ 13 Abs. 2 lit. a VRPG) das Departement Volkswirtschaft und Inneres als Vorinstanz gemäss § 13 Abs. 2 lit. e VRPG Parteistellung. Im Gegensatz dazu hat das Strassenverkehrsamt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Parteistellung. So hat gemäss § 13 Abs. 2 lit. e VRPG lediglich die Vorinstanz - und nicht die Vorinstanzen - Parteistellung. Mit Blick auf § 13 Abs. 2 lit. f VRPG ist das Strassenverkehrsamt zwar erstinstanzlich entscheidende Behörde, es gehört aber nicht einem anderen Gemeinwesen an. Aus diesen Gründen hat in casu neben dem Beschwerdeführer ausschliesslich das Departement Volkswirtschaft und Inneres vor Verwaltungsgericht Parteistellung, weshalb diesem die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten zu Gunsten des teilweise ob-

siegenden Beschwerdeführers aufzuerlegen sind. Nachdem der Beschwerdeführer zu 5/6 und das Departement Volkswirtschaft und Inneres zu 1/6 obsiegen, hat der Beschwerdeführer in Anwendung der eben geschilderten Verrechnungsgrundsätze Anspruch auf einen Anteil von 2/3 (=4/6) seiner Parteikosten. Das Departement Volkswirtschaft und Inneres hat somit ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer die vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten in Höhe von 2/3 zu ersetzen.

52 Entzug des Führerausweises; vorsorglicher Sicherungszug

- **Kostenregelung gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens betreffend vorsorglicher Sicherungszug des Führerausweises.**
- **Es ist sachgerecht darauf abzustellen, wer das Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren veranlasst hat (summarische Prüfung), und in welchem Stadium (vor welcher Instanz) das Verfahren gegenstandslos geworden ist, wobei sich für das Verfahren vor dieser Instanz eine pauschale Kostenaufteilung aufdrängt, während der Kostenentscheid der Vorinstanz nicht zu korrigieren ist (Bestätigung der Rechtsprechung, vgl. AGVE 1998, S. 160 ff.).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 16. Juni 2009 in Sachen C.I. gegen den Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2009.151).

Sachverhalt

Das Strassenverkehrsamt hatte C.I. den Führerausweis wegen der Gefahr einer Trunksucht vorsorglich entzogen und eine fachärztliche Begutachtung in Auftrag gegeben. Nachdem die Vorinstanz eine dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen hatte und in der Folge das Verfahren beim Verwaltungsgericht hängig war, hob das Strassenverkehrsamt die angefochtene Verfügung gestützt auf das inzwischen vorliegende Gutachten mit sofortiger Wirkung auf.

Aus den Erwägungen

11.

Nachdem das Strassenverkehrsamt (...) den (...) vorsorglichen Entzug des Führerausweises zur Abklärung der Fahreignung betreffend einer allfälligen Trunksucht mit sofortiger Wirkung aufgehoben hat, ist das vorliegende Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden von der Geschäftskontrolle abzuschreiben.

12.

12.1.

Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Wer sein Rechtsmittel zurückzieht oder auf andere Weise dafür sorgt, dass das Verfahren gegenstandslos wird, gilt als unterliegende Partei. Wird ein Verfahren ohne Zutun einer Partei gegenstandslos, sind die Verfahrenskosten nach den abgeschätzten Prozessaussichten zu verlegen oder aus Billigkeitsgründen ganz oder teilweise dem Gemeinwesen zu belasten (§ 31 Abs. 2 und 3 des auf den 1. Januar 2009 in Kraft getretenen VRPG vom 4. Dezember 2007). Das selbe gilt für die Parteikostenverlegung (§ 32 Abs. 2 und 3 VRPG).

12.2.

Das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid IV/24 vom 20. Oktober 1998 in Sachen B. S. [WBE.1998.261] - teilweise publiziert in AGVE 1998, S. 160 ff. - noch unter Geltung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 9. Juli 1968 (aVRPG), welches sich nicht ausdrücklich über die Frage der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung in Verfahren ohne Sachentscheid ausgedrückt hatte, festgehalten, dass in Verfahren betreffend vorsorglicher Führerausweisentzug weder eine Kostenverteilung nach dem Ausgang des Hauptverfahrens (Obsiegen/Unterliegen) noch nach dem Verursacherprinzip gerechtfertigt sei. Zur Begründung führte das Verwaltungsgericht im erwähnten Entscheid an, dass die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens in solchen Fällen regelmässig dadurch verursacht werde, dass die angeordnete Abklärung der Fahrtauglichkeit als Voraussetzung für den Hauptentscheid durchgeführt worden sei und die

Verwaltungsbehörde den definitiven Entscheid über den Sicherungszug zu fällen habe. Die Massnahmen würden daher teilweise auch durch die Durchführung der Abklärungen gegenstandslos. Weiter sei auch der Zeitfaktor zu berücksichtigen; das Gutachten oder andere Abklärungen und der Entscheid im Hauptverfahren könnten in verschiedenen Stadien des Rechtsmittelverfahrens eintreffen oder eingehen. Das Verwaltungsgericht hielt deshalb fest, dass bei Verfahren betreffend vorsorglicher Führerausweiszug sachgerecht darauf abzustellen sei, wer das Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren veranlasst habe, und in welchem Stadium das Verfahren gegenstandslos geworden sei. Unter dem Aspekt der Veranlassung des Verwaltungsverfahrens sei lediglich eine summarische Prüfung jener Umstände, die zur Einleitung des gesamten Verfahrens betreffend Sicherungszug geführt haben, vorzunehmen. Bei der Frage des Zeitpunktes sei darauf abzustellen, vor welcher Instanz das Verfahren gegenstandslos geworden sei. Für das Verfahren vor dieser Instanz dränge sich eine pauschale Kostenaufteilung auf, während der Kostenentscheid der Vorinstanz nicht zu korrigieren sei, da diese im Beschwerdeverfahren bereits materiell entschieden habe. Aus diesem Grund müsse es bei der Kostenaufteilung im Beschwerdeentscheid sein Bewenden haben; dieses Ergebnis sei der zeitlichen Abfolge und der Pflicht der Verwaltung, mit dem Eintreffen des Gutachtens in der Hauptsache zu entscheiden, angemessen. Aufgrund dieser Erwägungen nahm deshalb das Verwaltungsgericht in jenem konkreten Fall für das verwaltungsgerichtliche Verfahren (in welchem die Gegenstandslosigkeit eintrat) eine pauschale Kostenaufteilung (Verfahrenskosten werden je zur Hälfte dem Beschwerdeführer und dem Staat auferlegt; die Parteikosten werden dem Beschwerdeführer zur Hälfte ersetzt) vor. Der Kostenentscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres (vollumfängliche Auferlegung der Verfahrenskosten; keine Ausrichtung einer Parteientschädigung) wurde hingegen vom Verwaltungsgericht bestätigt (erwählter VGE, S. 11).

13.

Eine summarische Prüfung der Umstände, die zur Einleitung des vorliegenden Verfahrens betreffend Sicherungszug geführt haben, ergibt, dass der Beschwerdeführer durch sein eigenes Verhalten

– (...) seit 1983 sieben Führerausweisentzüge, wovon fünf in Zusammenhang mit Alkohol standen; wiederum zwei davon waren definitive Sicherungsentzüge wegen Alkoholismus – Anlass für die Einleitung des Verfahrens gegeben hat, da zahlreiche Verdachtsmomente bestanden, wonach eine die Fahreignung ausschliessende Trunksucht des Beschwerdeführers nicht ausgeschlossen werden konnte. In diesem Sinne standen die Prozessaussichten im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung betreffend vorsorglicher Entzug ebenso wie bei Einreichung der Beschwerde an die Vorinstanz und bei Einreichung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schlecht. Dementsprechend hat die Vorinstanz materiell entschieden und die Beschwerde abgewiesen. Diese abgeschätzten Prozessaussichten haben zur Folge, dass der Kostenentscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres ([...] vollumfängliche Auferlegung der Verfahrenskosten; keine Ausrichtung einer Parteientschädigung) nicht zu korrigieren ist. Weil das Verfahren während der Rechtshängigkeit vor Verwaltungsgericht gegenstandslos geworden ist und unter Berücksichtigung der in AGVE 1998, S. 160 ff. beschriebenen Besonderheiten des Verfahrens betreffend vorsorglicher Führerausweisentzug, rechtfertigt es sich jedoch, dem Beschwerdeführer aus Billigkeitsgründen lediglich die Hälfte der verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen; die restlichen Verfahrenskosten trägt der Staat. Dem Beschwerdeführer ist die Hälfte der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten zu ersetzen.

53 Fristwiederherstellung; Kostenverlegung in Steuerverfahren

- **Vordatierung als Fristwiederherstellungsgrund**
- **Anforderungen an den Empfänger vordatierter behördlicher Sendungen**
- **Grundsätze für die Kostenverlegung und die Ausrichtung von Parteientschädigungen in Steuerverfahren**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 2. Dezember 2009 in Sachen Z.-B. gegen Kantonales Steueramt und Gemeinderat W. (WBE.2009.106).

Aus den Erwägungen

II.

1.

Einsprachen, Rekurse und Beschwerden sind innert 30 Tagen einzureichen. Diese Frist kann nicht erstreckt werden. Auf verspätet erhobene Rechtsmittel wird nur eingetreten, wenn die steuerpflichtige Person durch erhebliche Gründe oder durch fehlende oder unrichtige Rechtsmittelbelehrung an der rechtzeitigen Einreichung verhindert war und das Rechtsmittel innert 30 Tagen nach Wegfall des Hinderungsgrunds eingereicht wird (§ 187 Abs. 1 und 2 StG).

2.

Die Einsprache wurde unbestrittenermassen am 4. Oktober 2007 und damit erst 31 Tage nach Empfang der Veranlagungsverfügung am 3. September 2007 eingereicht. Damit erweist sich die Einsprache als nicht fristgerecht und es bleibt einzig zu klären, ob die Steuerkommission bzw. in der Folge das Steuerrekursgericht den Beschwerdeführern die verpasste Frist wieder hätte herstellen müssen.

2.1.

Die Beschwerdeführer machen geltend, durch das falsche Versanddatum auf der vordatierten Veranlagungsverfügung (3. September 2007), das nicht mit dem Datum des tatsächlichen Versandes übereingestimmt habe (31. August 2007), sei bei Ihnen eine Vertrauensgrundlage geschaffen worden. Nachdem sie die Verfügung tatsächlich am 3. September 2007 in Empfang genommen hätten, sei ihnen das genaue Zustelldatum später nicht mehr erinnerlich gewesen. Im Vertrauen auf das auf der Veranlagung aufgedruckte Versanddatum seien sie davon ausgegangen, und hätten auch davon ausgehen dürfen, dass ihnen die Verfügung nicht vor dem 4. September 2007 zugestellt worden sei. Deshalb sei ihnen die Einsprachefrist wiederherzustellen und die Einsprache als rechtzeitig zu betrachten.

2.2.

Das Steuerrekursgericht ist dagegen im Ergebnis zur Auffassung gelangt, es fehle an der von den Beschwerdeführern behauptete-

ten Vertrauensgrundlage, so dass eine Fristwiederherstellung ausser Betracht falle.

3.

3.1.

In Anlehnung an die vom Bundesgericht entwickelte Rechtsprechung zur Einhaltung bundesrechtlicher Rechtsmittelfristen ist zunächst festzuhalten, dass es an sich Sache des Empfängers ist, sich das Aushändigungsdatum einer Verfügung zu merken und an geeigneter Stelle zu notieren. Dessen ungeachtet hat das Bundesgericht angenommen, dass dem Empfänger einer Verfügung, wenn er sich im Datum nicht mehr sicher ist, eine Möglichkeit offen stehen muss, um den letzten Tag der Rechtsmittelfrist zu bestimmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juni 2001 [I 579/98], Erw. 3a; Urteil vom 4. September 2007 [8C_50/2007], Erw. 5.2).

Es besteht keine Aufbewahrungspflicht des Empfängers bei Postsendungen. Ausserdem entspricht es der Lebenserfahrung, dass bei empfangenen Postsendungen nicht jedes Zustellkuvert aufbewahrt wird und der Empfänger sich bei eingeschriebenen Sendungen auch in aller Regel nicht akribisch das Datum der Entgegennahme notiert. Entgegen der Auffassung des Steuerrekursgerichts erscheint es daher als entschuldigbar, wenn beim Empfänger einer Verfügung, obwohl er deren Empfang – hier auf einem sog. Rückschein – schriftlich bestätigt, Unsicherheit über den genauen Empfangszeitpunkt entsteht.

3.2.

Das Bundesgericht hat in den beiden bereits angeführten Entscheiden (vgl. vorne Erw. 3.1.) weiter geprüft, auf welche zumutbaren Weisen sich der über den genauen Empfangszeitpunkt unsichere Verfügungsadressat Sicherheit über den genauen Zustellungszeitpunkt verschaffen kann. Dabei ist es zur Auffassung gelangt, es könne vom Verfügungsempfänger in der Regel nicht verlangt werden, dass er sich mittels eines Nachforschungsbegehrens bei der Post oder einer sog. Track-and-Trace-Anfrage Gewissheit über den Zustellungszeitpunkt verschafft. Das Bundesgericht hat es vielmehr als zulässig erachtet, dass der Verfügungsadressat sich anhand des Datums der Verfügung (bzw. eines allfällig abweichenden Versandda-

tums) Sicherheit verschafft. Er darf darauf vertrauen, dass dieses Datum zutrifft.

3.3.

Auch für das aargauische Verwaltungsverfahrenrecht stellt zumindest ein auf der Verfügung aufgedrucktes Versanddatum eine Vertrauensgrundlage dar. Es würde in diesen Fällen zu weit führen, vom Verfügungsadressaten zu verlangen, sich bei der verfügenden Behörde nach dem genauen Zustellungsdatum (oder der Track-and-Trace-Nummer) zu erkundigen. Dies muss jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden gelten, wo die Beschwerdeführer im Veranlagungsverfahren noch nicht vertreten waren.

Für den zu beurteilenden Sachverhalt bedeutet dies, dass die Beschwerdeführer sich auf das auf der Verfügung aufgedruckte Versanddatum "3. September 2009" verlassen durften und nicht in Erwägung ziehen mussten, dass die Veranlagungsverfügung allenfalls vordatiert worden sein könnte. Unter diesen Umständen erweist sich ihre falsche Annahme der Zustellung am Folgetag, dem 4. September 2007, und der dadurch verursachte Irrtum hinsichtlich des Endes des Fristenlaufs gemäss § 187 Abs. 2 StG als entschuldbar und die Steuerkommission hätte dementsprechend auf ihre Einsprache eintreten müssen.

4. (...)

III.

1.

Für die Parteistellung, die Kostenverlegung und die Ausrichtung von Parteientschädigungen im Geltungsbereich der Steuergesetzgebung des Kantons Aargau gelangen primär die entsprechenden Verfahrensbestimmungen des StG (§ 188 f. StG), welche gemäss § 1 Abs. 3 VRPG vorbehalten sind, zur Anwendung. Lediglich subsidiär und ergänzend sind die diesbezüglichen Regeln im VRPG (§ 29 ff. VRPG) und in der ZPO anwendbar (§ 197 Abs. 4 StG; § 2 VKD).

Die Normen des StG knüpfen für die Bestimmung des Begriffs der Partei – anders als § 13 VRPG – abstrakt an die im Gesetz umschriebene Legitimation zur Ergreifung eines Rechtsmittels an (vgl. § 175 Abs. 3 StG). Daraus ergibt sich, dass im verwaltungsgerichtli-

chen Beschwerdeverfahren grundsätzlich die gemäss § 198 Abs. 1 StG Beschwerdeberechtigten als Parteien zu betrachten sind, d.h. die steuerpflichtige Person, der Gemeinderat, das KStA, und soweit es um die Kirchensteuerfrage geht, die Kirchenpflege.

2.

Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gemäss § 189 Abs. 1 StG der unterliegenden Partei auferlegt; bei teilweiser Gutheissung der Beschwerde sind die Kosten anteilmässig aufzuteilen. Mangels einer ausdrücklichen Regelung im StG, wer als unterliegende Partei zu betrachten ist, sind ergänzend die Regeln des VRPG zur Kostenverlegung heranzuziehen. Unter der Herrschaft des alten Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968 (aVRPG) wurde die Bestimmung über die Kostenaufgabe in der Weise angewendet, dass eine Kostenaufgabe der amtlichen Kosten nur an den Privaten bei dessen Unterliegen erfolgt ist. Behörden wurden unter Hinweis auf § 35 Abs. 1 aVRPG keine Kosten auferlegt. Aufgrund des ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens (vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bericht und Entwurf zur 1. Beratung, S. 6 f.) ist an der grundsätzlichen Kostenfreiheit des Verfahrens für Behörden festzuhalten (§ 31 Abs. 2 Satz 1 VRPG). Vorbehalten bleiben einerseits die in § 31 Abs. 2 Satz 1 VRPG erwähnten Fälle des schwerwiegenden Verfahrensmangels und der Willkür, die zur Auferlegung von Verfahrenskosten an die Behörden führen und andererseits die Fälle, in welchen eine Behörde selbst erfolglos Beschwerde führt (zur entsprechenden Praxis unter dem aVRPG: AGVE 2006, S. 285; ebenso für das DBG: Urteile des Bundesgerichts vom 20. Juni 2002 [2A.88/2002 und 2A.89/2002], publ. in: StE 2002, B 26.27 Nr. 5, Erw. 4.1). Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier indessen nicht vor, sodass bei diesem Ausgang des Verfahrens die Kosten vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen sind (§ 31 Abs. 2 VRPG).

3.

Der obsiegenden steuerpflichtigen Person wird für die Vertretung durch eine Anwältin oder einen Anwalt, eine Notarin oder einen Notar oder durch eine Steuerberaterin oder einen Steuerberater eine

angemessene Entschädigung zugesprochen (§ 189 Abs. 2 StG). Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, dass nur die obsiegenden steuerpflichtigen Personen, nicht dagegen Behörden, entschädigungsberechtigt sind, womit die Anwendung der Praxis der Verrechnung von Parteientschädigungen (zur aargauischen Verrechnungspraxis siehe AGVE 2000, S. 51) im kantonalen Steuerrecht ausser Betracht fällt. Auch in den kantonalen Rechtsmittelverfahren vor Verwaltungsjustizbehörden im Anwendungsbereich des DBG (Art. 144 Abs. 4 DBG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 - 3 VwVG) wird den Bundesbehörden (wie auch anderen Behörden) in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen (so auch Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann/Hans Ulrich Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 144 N 44).

Obsiegt – wie hier – die vertretene steuerpflichtige Person, ist zu entscheiden, wer als unterliegende Partei anzusehen ist und wem somit die Parteientschädigung auferlegt wird (bzw. nach der Terminologie im VRPG und DBG: die Parteikosten auferlegt werden). Diesen Fall regelt weder § 189 Abs. 2 StG noch § 32 Abs. 2 VRPG ausdrücklich. Da in Verfahren betreffend Kantons- und Gemeindesteuern die infrage stehenden Steuern sowohl dem Kanton als auch der Gemeinde zustehen, dem KStA gemäss § 161 StG eine weitgehende Aufsicht bei den an die Veranlagungsbehörden der Gemeinden delegierten Veranlagungen zukommt und ein kantonaler Steuerkommissär in der kommunalen Steuerkommission Einsitz nimmt (§ 164 Abs. 2 StG), rechtfertigt es sich in der Regel, bei den von den kommunalen Steuerkommissionen veranlagten Steuern sowohl den Kanton als auch die Gemeinde als unterliegende Partei zu betrachten und die Parteientschädigung grundsätzlich je zur Hälfte dem für den Kanton handelnden KStA und dem für die Gemeinde handelnden Gemeinderat aufzuerlegen.

Dementsprechend haben das KStA und der Gemeinderat W. die Beschwerdeführer für das rekurs- und verwaltungsgerichtliche Verfahren anteilmässig zu je 50 % zu entschädigen.

54 Kein Anspruch auf mündliche Verhandlung im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht betreffend Steuern

- **Auf Steuerverfahren findet Art. 6 EMRK keine Anwendung.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 21. Oktober 2009 in Sachen H.G. und B.G. (WBE.2008.291).

Aus den Erwägungen

2.

Dem sinngemässen Antrag auf eine mündliche Verhandlung kann nicht entsprochen werden. Das Verfahren der 2. Kammer des Verwaltungsgerichts ist in Steuerverfahren grundsätzlich schriftlich (vgl. MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG], Diss. Zürich 1998, § 57 N 12). Eine mündliche Äusserungsmöglichkeit ist hier nicht geboten, da es weder um persönliche Umstände geht, noch tatsächliche Fragen zu klären sind, die sich nur aufgrund einer mündlichen Anhörung klären liessen (GEROLD STEINMANN, in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 29 N 25 mit Hinweisen). Ein Anspruch aus Art. 6 EMRK besteht im Übrigen schon deshalb nicht, weil Art. 6 EMRK auf Steuerverfahren keine Anwendung findet (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 15. August 2006 [2A.79/2006], Erw. 2.2). Zudem würde selbst Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht in jedem Fall die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verlangen (JOCHEN ABR. FROWEIN/ WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Art. 6 N 163).

55 Parteientschädigung

- **Anspruch des Gemeinwesens auf Parteientschädigung nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 17. Juni 2009 in Sachen V. gegen Stadtrat X. und Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2009.56).

Aus den Erwägungen

(... [Abweisung der Beschwerde])

II.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten zu bezahlen (§ 31 Abs. 2 VRPG).

In Bezug auf die Parteikosten gilt Folgendes: Im Beschwerdeverfahren werden die Parteikosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und des Obsiegens auf die Parteien verlegt (§ 32 Abs. 2 VRPG). Dem Stadtrat X. kommt nach § 13 Abs. 2 lit. f VRPG Parteistellung zu. Im Entwurf zum neuen VRPG war ursprünglich in § 32 noch ein Abs. 4 vorgesehen, welcher – entsprechend der langjährigen Praxis des Verwaltungsgerichts zu § 36 aVRPG (AGVE 2000, S. 377 ff; 1985, S. 384 ff.) – vorsah, dass Gemeinwesen keinen Anspruch auf Parteientschädigungen haben (vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 [07.27], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG], Bericht und Entwurf zur 1. Beratung, S. 42, 44 f.). Diese Regelung wurde vom Grossen Rat im Rahmen der 2. Beratung gestrichen; gleichzeitig wurde eine vorgeschlagene Kompromissvariante abgelehnt (der Streichungsantrag obsiegte mit 114 gegen 5 Stimmen über den Antrag des Regierungsrats; siehe zum Ganzen Wortprotokoll 2. Beratung vom 4. Dezember 2007, Art. 1451, S. 3023 f.). Gemäss den Materialien sprach sich der Grosse Rat als Gesetzgeber somit klar gegen eine Übernahme der langjährigen Praxis ins neue VRPG aus. Vielmehr wollte er, dass auch das Gemeinwesen einen entsprechenden Anspruch auf eine Parteientschädigung hat, wenn es einen Anwalt bezieht (vgl. Wortprotokoll 2. Beratung vom 4. Dezember 2007, Art. 1451, S. 3023 f. [insbesondere Voten Franz Hollinger, Adrian

Schoch, Urs Leuenberger], siehe auch S. 3022 [Votum Markus Leimbacher]). Vor diesem Hintergrund lässt sich unter Geltung des am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen revidierten VRPG nicht mehr an der Praxis gemäss AGVE 2000, S. 377 ff. / 1985, S. 384 ff. zum aVRPG festhalten. Demgemäss hat der Beschwerdeführer dem Stadtrat X. dessen Parteikosten (vgl. § 29 VRPG) für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu bezahlen.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid abgewiesen, soweit es darauf eintrat; Urteil vom 20. April 2010 [1C_380/2009]).

56 Alimentenbevorschussung; Beschwerdelegitimation

- **Fehlende Legitimation des Unterhaltsschuldners zur Anfechtung einer Alimentenbevorschussung**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 30. Oktober 2009 in Sachen M.M. gegen das Bezirksamt Bremgarten (WBE.2009.303).

Aus den Erwägungen

1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist gemäss § 54 VRPG zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden. Gemäss § 58 SPG können Verfügungen und Entscheide der Sozialbehörden mit Beschwerde beim Bezirksamt angefochten werden (Abs. 1). Dessen Entscheid kann an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (Abs. 2). Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

Gerügt werden können nur die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung sowie Rechtsverletzungen, nicht aber Ermessensfehler (§ 58 Abs. 4 SPG i.V.m. § 55 Abs. 1 VRPG).

2.

2.1.

Gemäss § 42 lit. a VRPG ist zur Beschwerdeführung befugt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutz-

würdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (materielle Beschwer). Dieses Interesse kann rechtlicher oder auch bloss tatsächlicher Natur sein. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Es besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für ihn zur Folge hätte (AGVE 2002, S. 279 f.; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38–72 VRPG], Diss. Zürich 1998, § 38 N 129).

Sodann muss die beschwerdeberechtigte Partei zusätzlich zum schutzwürdigen Interesse ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung dartun (AGVE 1998, S. 351). Damit soll sichergestellt werden, dass die rechtsanwendende Behörde konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet (AGVE 1999, S. 353 mit Hinweisen).

Die Legitimation zur Beschwerde ist eine Sachurteilsvoraussetzung und von Amtes wegen zu prüfen. Die Prüfung umfasst das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen im vorinstanzlichen Verfahren (Merker, a.a.O., Vorbem. zu § 38 N 3 f.).

2.2.

2.2.1.

In Ziffer 1 der Verfügung vom 11. Mai 2009 gewährte der Gemeinderat X. die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge. Adressatin dieser Anordnungen ist J.M., und nur im Verhältnis zu ihr hat die Gemeinde ein Rechtsverhältnis begründet und gestaltet. Das SPG regelt in §§ 32 ff. (§§ 32 - 38) die Ausrichtung von Vorschüssen für den Unterhalt der Kinder, wenn die Eltern ihre Pflichten nicht erfüllen (Art. 293 Abs. 2 ZGB). Die Unterhaltsbeiträge werden vom Zivilrichter festgelegt, und ein vollstreckbarer Entscheid gegenüber dem zivilrechtlich zum Unterhalt Verpflichteten bildet eine Voraussetzung für die Bevorschussung (§ 33 lit. b SPG). Mit dem Urteil des Gerichtspräsidiums Bremgarten vom 31. März 2009, worin sowohl die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber seinen Kindern als auch die

Höhe des Unterhaltsanspruches festgelegt wurden, ist diese Voraussetzung erfüllt. Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Bremgarten vom 31. März 2009 wurde beim Obergericht des Kantons Aargau Beschwerde geführt. Gemäss § 298 Abs. 4 ZPO sind die im erstinstanzlichen Urteil festgelegten Unterhaltsbeiträge sofort vollstreckbar, sofern das Obergericht nichts anderes anordnet. Der Beschwerdeführer ist durch Ziffer 1 des Gemeinderatsbeschlusses in seinen Rechten und Pflichten nicht unmittelbar betroffen und besitzt im vorliegenden Verfahren auch keine Parteistellung. Ein Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge für seine Kinder ist nicht auszumachen. Er ist somit nicht legitimiert, Beschwerde gegen Ziffer 1 des Gemeinderatsbeschlusses vom 11. Mai 2009 einzureichen. Bei Ziffer 2 und Ziffer 3 des Gemeinderatsbeschlusses handelt es sich lediglich um Anweisungen an die Finanzverwaltung und nicht um Verfügungen, womit diese keine möglichen Anfechtungsobjekte nach § 41 VRPG darstellen. Bei Ziffer 4 handelt es sich um einen Hinweis, der sich an die Ehefrau richtet, und einen Verweis auf Rechtsvorschriften. Dieser weist ebenfalls keinen Verfügungscharakter auf und kann somit auch nicht mit einer Beschwerde angefochten werden.

2.2.2.

Die Unterhaltsbeiträge, welche die Gemeinde X. bevorschusst hat, können nach § 37 Abs. 1 SPG vom unterhaltspflichtigen Elternteil zurückgefordert werden. Die geschuldete Unterhaltsleistung bleibt aber unabhängig von der Bevorschussung gleich hoch und richtet sich nach dem Urteil des Gerichtspräsidiums Bremgarten vom 31. März 2009 bzw. dem (noch zu ergehenden) Urteil der Beschwerdeinstanz. Durch die Bevorschussung entsteht keine neue Forderung gegenüber dem Unterhaltspflichtigen. Es findet lediglich ein Gläubigerwechsel statt, da die Gemeinde X. im Umfang der Bevorschussung von Gesetzes wegen Gläubiger der Unterhaltsbeiträge wird (Art. 289 Abs. 2 ZGB). Der mögliche Rahmen, in dem die Gemeinde X. zur Rückforderung berechtigt ist, wird von den Zivilurteilen festgelegt und verändert sich durch die Bevorschussung in keiner Weise. Die Alimentenbevorschussung ist daher kein Nachteil, den der Be-

schwerdeführer durch eine Beschwerde abwenden könnte. In einem zivilrechtlichen (Rück-) Forderungsverfahren der Gemeinde X. gegen den Beschwerdeführer kann dieser geleistete Zahlungen zur Verrechnung stellen und Einreden gegen den Bestand und die Höhe (Art. 81 Abs. 1 SchKG), nach Massgabe der ihm im rechtskräftigen Zivilurteil auferlegten Unterhaltsverpflichtung, vorbringen.

2.2.3.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in den eigenen Interessen durch die Verfügung des Gemeinderates X. nicht beeinträchtigt ist. Weder seine tatsächliche noch rechtliche Situation wird durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens beeinflusst. Er schuldet die vom Scheidungs- oder Eheschutzrichter festgesetzten Unterhaltsbeiträge, ob sie nun von der Gemeinde X. bevorschusst werden oder nicht. Ein praktischer Nutzen, den eine erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer einbringen kann, ist nicht ersichtlich (AGVE 2002, S. 279 f. mit Hinweisen).

Zusammenfassend fehlt dem Beschwerdeführer ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung und Abänderung des Beschlusses vom 11. Mai 2009 und damit an der Aufhebung und Abänderung des angefochtenen Beschwerdeentscheids.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann somit nicht eingetreten werden.

2.3.

Die Sachurteilsvoraussetzungen der Vorinstanz müssen vom Verwaltungsgericht von Amtes wegen geprüft werden (siehe vorne Erw. 2.1). Die fehlende Legitimation des Beschwerdeführers (siehe vorne Erw. 2.2.3) betrifft auch die Sachurteilsvoraussetzung im Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz. Die Vorinstanz ist dementsprechend zu Unrecht auf die Beschwerde eingetreten. Der angefochtene Entscheid ist von Amtes wegen zu berichtigen. Aus verfahrensökonomischen Gründen findet aber keine Rückweisung an die Vorinstanz statt (§ 49 VRPG).

57 Verjährung

- **Die Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche des kantonalen Rechts regelt das Verwaltungsrechtspflegegesetz.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 30. Juni 2009 in Sachen K.P. gegen Gemeinde X. (WKL.2007.1).

Aus den Erwägungen

2.

Der in § 38 SubmD vorgesehene Schadenersatz im vergaberrechtlichen Rechtsschutz ist eine Haftung aus öffentlichem Recht und untersteht den vergaberechtlichen Haftungsnormen. Das Submissionsdekret enthält keine Bestimmungen über die Verjährung, sondern schreibt eine Klagefrist vor (§ 38 Abs. 2 SubmD). Die Nichteinhaltung der Klagefrist führt als Erlöschungsgrund zum vollständigen Untergang des Schadenersatzanspruchs und damit zur Verwirkung des Anspruchs. Die Verwirkung ist von der Verjährung zu unterscheiden (Gauch Peter / Schlupep Walter R. / Schmid Jörg / Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Rz. 3574). Das kantonale Recht enthält in § 78a aVRPG für das öffentliche Recht generelle Verjährungsregeln, soweit keine Sonderbestimmungen bestehen (AGVE 2001, S. 384, Erw. 7a unter Hinweis auf die Botschaft des Regierungsrats vom 21. Mai 1990 zum neuen Baugesetz, S. 55 f.). Ein Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze oder - Lücken füllend - auf die Bestimmungen des OR als subsidiäres kantonales öffentliches Recht kommt daher nicht in Betracht (Attilio R. Gadola, Verjährung und Verwirkung im öffentliche Recht, in: Aktuelle juristische Praxis [AJP] 1995, S. 49). Zwar spricht das Gesetz sowohl in § 78a Abs. 1 und Abs. 2 aVRPG von "Erlöschen" der öffentlichen Forderung, was mit der Verwirkung gleichzusetzen wäre. Nach der Praxis handelt es sich aber bei den Fristen in § 78a Abs. 2 aVRPG um Verjährungsfristen (AGVE 2001, S. 384). Einmalige Leistungen verjähren daher, vorbehaltlich ausdrücklich abweichender Bestimmungen im Gesetz, innert zehn Jah-

ren nach Eintritt der Fälligkeit (vgl. die Rechtsprechung vor Erlass von § 78a aVRPG, in: AGVE 1986, S. 212; AGVE 1979, S. 176 mit weiteren Hinweisen). Anhaltspunkte dafür, dass mit der Klage- und Verwirkungsfrist in § 38 SubmD auch die Verjährungsfristen des § 78a aVRPG auf ein Jahr verkürzt wurden, können dem Gesetz nicht entnommen werden.

Auf die vorliegende Frage ist daher § 78a Abs. 2 aVRPG anwendbar und somit gilt eine Verjährungsfrist von zehn Jahren, wobei gemäss § 78a Abs. 2 aVRPG und § 38 Abs. 3 SubmD davon auszugehen ist, dass die Einhaltung der Klagefrist als Anspruchsvoraussetzung gilt und von Amtes wegen zu prüfen ist.

Die Verjährungseinrede ist demgemäss abzuweisen.

58 Vollstreckung von Ansprüchen aus Verwaltungsvertrag

- **Keine provisorische Rechtsöffnung für öffentlich-rechtliche Forderungen**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 28. Juli 2009 in Sachen C. I. AG gegen Einwohnergemeinde X. (WKL.2008.1).

Aus den Erwägungen

4.2.5

Die Vollstreckung von Ansprüchen aus verwaltungsrechtlichen Verträgen ist im kantonalen Recht nicht ausdrücklich geregelt (§ 75 aVRPG) und verwaltungsrechtliche Verträge schaffen in der Regel keinen provisorischen Rechtsöffnungstitel (AGVE 1977, S. 59; AGVE 1979 S. 59 f.; Staehelin Adrian / Bauer Thomas / Staehelin Daniel, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, Art. 82 N 46; Karl Spühler, Probleme bei der Schuldbetreibung für öffentlich-rechtliche Geldforderungen, in: ZBI 1999, S. 254 ff. [262] mit Hinweis). Entsprechend wird in Art. 83 Abs. 2 SchKG für die Aberkennungsklage, im Unterschied zur Anerkennungsklage gemäss Art. 79 Abs. 1 SchKG, nur der ordentliche Zivilweg erwähnt.

Für öffentlich-rechtliche Forderungen ist die provisorische Rechtsöffnung grundsätzlich ausgeschlossen und das Gemeinwesen hat zur Fortsetzung der Betreibung einen verwaltungsrechtlich vollstreckbaren Entscheid - einen definitiven Vollstreckungstitel (Art. 80 Abs. 2 Ziffer 3 SchKG und Art. 79 SchKG i.V.m. § 75 aVRPG) - im Anerkennungsverfahren zu erwirken. Vor allem in Bereichen, in denen die Verwaltung nicht verfügen kann, ist der Anspruch durch eine verwaltungsgerichtliche Klage geltend zu machen (§ 60 Ziffer 1 aVRPG; Tschannen Pierre / Zimmerli Ulrich, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, § 35 Rz. 14; Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 300 ff.; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1131b). Die in einer (älteren) Lehre vertretene Auffassung, wonach in jenen Streitsachen, in denen die Verwaltung nicht hoheitlich verfügen kann, sondern zur Geltendmachung ihrer Ansprüche das Verwaltungsgericht anzurufen hat, eine provisorische Rechtsöffnung mit anschliessender Aberkennungsklage vor dem kantonalen Verwaltungsgericht möglich sei (Blaise Knapp / Gérard Hertig, *L'exécution forcée des actes cantonaux pécuniaires de droit public*, in: *BlSchK* 1986, S. 125 f., S. 127 f. und S. 167), vermag angesichts der Bestimmung in § 75 aVRPG (siehe auch § 78 VRPG) nicht zu überzeugen (AGVE 1979, S. 59 f.). Die Vollstreckung von Forderungen, die auf Geld- und Sicherheitsleistungen gerichtet sind, wird abschliessend vom Bundesrecht geregelt und lässt für abweichende kantonale Vorschriften keinen Raum (Art. 38 Abs. 1 SchKG; BGE 108 II 180 Erw. 2.a mit Hinweis).

Im Lichte dieser Grundsätze erweist sich daher der Entscheid des Gerichtspräsidiums Aarau, in dem der Beklagten die provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, als unrichtig. Eine Verfügung oder ein verwaltungsgerichtliches Urteil über die Rechtmässigkeit der betriebenen Beitragsforderungen als Vollstreckungstitel fehlt. Ob der Entscheid nachgerade nichtig ist, ist nicht anzunehmen (siehe hiezu Staehelin Adrian / Bauer Thomas / Staehelin Daniel, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, Basel 2005, Art. 82 N 46 unter Hinweis auf ein Urteil des Obergerichts OW) und die Anfechtbarkeit muss, da dem

Verwaltungsgericht die sachliche Zuständigkeit zur Überprüfung von Rechtsöffnungsentscheiden fehlt (§§ 20, 21 und 23 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22. Februar 2005 [EG SchKG; SAR 231.200] und §§ 301 und 335 lit. a ZPO), offen bleiben. Die Gefahr, dass die Beklagte eine Forderung gestützt auf den Zahlungsbefehl durchsetzen wird, ist von der Klägerin nicht konkretisiert und ohnehin mehr als unwahrscheinlich. Ein solches Verhalten ist von einer öffentlichen Verwaltung nicht zu erwarten und kann von der Klägerin mit aufsichtsrechtlichen Mitteln wirkungsvoll begegnet werden. Die Beklagte selbst bringt in der Duplik vor, dass der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht ein solch widersprüchliches Verhalten verbietet. Zudem kann die Klägerin im betreibungsrechtlichen Verfahren nach Art. 85a SchKG jederzeit den Nichtbestand der Schuld feststellen lassen.

Steuerrekursgericht

I. Kantonale Steuern

A. Steuergesetz (StG) vom 15. Dezember 1998

59 Naturaleinkünfte (§ 26 Abs. 1 StG)

- Die unentgeltliche Überlassung des Geschäftsfahrzeuges durch die Arbeitgeberin für den Arbeitsweg und andere private Zwecke stellt grundsätzlich steuerbares Naturaleinkommen dar. Stellt die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer jedoch einen Servicewagen (in casu: VW Caddy) zur Verfügung und besitzen der Arbeitnehmer und seine Ehefrau privat zwei Fahrzeuge, rechtfertigt sich ein Verzicht auf die Ausscheidung eines Privatanteils.

25. Juni 2009 in Sachen A. + D.F., 3-RV.2008.88.

60 Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit; Bilanzberichtigung; Einbringung Geschäftsaktiven (§ 27 Abs. 1 StG; § 48 StG)

- Die Einbringung von Geschäftsaktiven zu einem übersetzten Wert führt zu einer Bilanzberichtigung und nicht zu einer Aufrechnung zum Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit.

24. September 2009 in Sachen J.Sch., 3-RV.2007.13.

Aus den Erwägungen

8.

8.1.

Die Rekurrentin hat per 1. Januar 2003 ein Klavier für CHF 15'000.00 und Büromobiliar von CHF 3'000.00 eingebucht. Per 31. Dezember 2003, nach der Aktivierung von im Jahr 2003 erworbenen Gegenständen, erfolgten Abschreibungen von 30 % bzw. 25 % auf dem Buchwert.

Die Steuerkommission Z. führt aus, dass es sich einerseits um Gegenstände einer privaten Wohnungseinrichtung handle, anderer-

seits um ein bereits 1989 gekauftes Klavier. Der Buchwert würde daher nur noch CHF 1.00 betragen. Die ebenfalls aktivierten Kosten für Notenmaterial, Fachbücher und CDs seien im Jahr der Anschaffung als Aufwand geltend zu machen, und nicht zu aktivieren. Die Werthaltigkeit der CHF 18'000.00 sei daher nicht nachgewiesen. Die übersetzte Einbringung von Aktiven werde im Jahr der Einbilanzierung aufgerechnet. Entsprechend rechnete die Steuerkommission Z. CHF 18'000.00 auf und anerkannte auf der anderen Seite die Abschreibungen.

Die Rekurrentin bestätigt, dass die Aktiven zu einem übersetzten Wert eingebracht worden sind. Um diesen Fehler zu korrigieren, seien die Aktivierungen per 1. Januar 2003 zu stornieren und lediglich die darauf erfolgten Abschreibungen aufzurechnen.

Das Kantonale Steueramt ist der Ansicht, die Aktivierung des Klaviers mit CHF 10'000.00 sei, da die Rekurrentin das Klavier geschenkt bekommen habe, erfolgswirksam vorzunehmen. Eine Stornierung der Aktivierung sei als Bilanzänderung nicht mehr möglich. Dagegen sei beim Büromaterial davon auszugehen, dass die Kosten in den Vorjahren als Aufwand verbucht worden seien. Die Aktivierung sei daher zu korrigieren und ebenso die Aufrechnung. Damit betrage die Aufrechnung neu CHF 10'000.00.

8.2.

8.2.1.

Wenn eine steuerpflichtige Person Bücher führt, ist steuerrechtlich auf ihre Buchhaltung abzustellen, sofern sie formell und materiell einwandfrei ist (AGVE 1996 S. 231, mit Hinweisen; RGE vom 21. Juni 2007 in Sachen M.M.). Korrekturen sind nur erlaubt, wenn sie sich auf handels- oder steuerrechtliche Vorschriften abstützen. Umgekehrt ist auch der Steuerpflichtige an seine Buchhaltung gebunden.

8.2.2. - 8.2.4.

(Theoretische Ausführungen zu Bilanzkorrekturen; vgl. dazu AGVE 1997 S. 206 ff.)

8.3.

Die bei der ordnungsgemässen Buchführung zu beachtenden handelsrechtlichen Vorschriften ergeben sich insbesondere aus Art. 957 ff. OR.

Schon das allgemeine Buchführungsrecht hält fest, dass in der Bilanz alle Aktiven höchstens nach dem Wert anzusetzen sind, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Geschäft zukommt (Art. 960 Abs. 2 OR). Das allgemeine Vorsichtsprinzip wird durch das Imparitätsprinzip ergänzt und präzisiert. Danach dürfen Gewinne nur dann ausgewiesen werden, wenn sie effektiv realisiert worden sind (Realisationsprinzip), während umgekehrt Verluste bilanzmässig zu berücksichtigen sind, sobald sie (genügend klar) befürchtet werden müssen, auch vor ihrer Realisierung (zum Ganzen: VGE vom 24. Februar 2005 in Sachen F. + A.C. [BE.2004.00107]).

8.4.

Es ist unbestritten, dass die Aktivierung des Büromaterials per 1. Januar 2003 handelsrechtswidrig und damit zu korrigieren war.

Entgegen der Ansicht des Kantonalen Steueramtes, aber mit der Steuerkommission Z. und der Rekurrentin ist jedoch offensichtlich auch die Aktivierung des Klaviers, das die Eltern der Rekurrentin im Jahr 1989 für CHF 8'235.00 gekauft haben, mit einem Wert von CHF 10'000.00 übersetzt. Die Rekurrentin beantragt, die Aktivierung sei zu stornieren, und anerkennt damit, dass dem Klavier im Jahr 2003 kein Wert mehr zukam. Es ist kein Grund ersichtlich, davon abzuweichen.

Die Steuerkommission Z. hat jedoch zu Unrecht den Betrag zum Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit hinzugerechnet und die Buchwerte anerkannt. Korrekterweise ist aber eine Bilanzberichtigung vorzunehmen und der Eröffnungswert per 1. Januar 2003 des Kontos 1400 auf CHF 0.00 herabzusetzen.

61 Berufskosten; Umzugskosten (§ 35 Abs. 1 lit. c StG)

- **Umzugskosten stellen beim Fehlen einer Residenzpflicht grundsätzlich nicht abziehbare Lebenshaltungskosten dar.**

22. Oktober 2009 in Sachen U. + B.K., 3-RV.2008.273.

Aus den Erwägungen

5.2.

5.2.1.

Das Steuerrekursgericht hat in einem früheren Entscheid festgehalten, dass Umzugskosten grundsätzlich keine unmittelbaren Gewinnungskosten, sondern nicht abzugsfähige Lebenshaltungskosten darstellen (AGVE 1982 S. 363 ff.).

Im von den Rekurrenten angeführten Entscheid hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in dieser Frage nach dem Grund des Wohnsitzwechsels differenziert und ausgeführt, dass bei Bestehen einer Residenzpflicht des Steuerpflichtigen ausnahmsweise die Umzugskosten als Berufsauslagen zu anerkennen seien (StE 1986 B 22.3 Nr. 12).

5.2.2.

Dazu ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung des Kantons Zürich für die aargauischen Steuerbehörden keine Bindungswirkung zu begründen vermag, was auch die Rekurrenten anerkennen. Ob im Kanton Aargau Umzugskosten im Zusammenhang mit einer Residenzpflicht des Steuerpflichtigen ebenfalls ausnahmsweise als Berufsauslagen zum Abzug gebracht werden können, braucht vorliegend - wie sich zeigen wird (Erw. 5.3 ff.) - nicht beurteilt zu werden.

5.3.

5.3.1.

Die Rekurrenten bringen vor, der Umzug von B. nach W. sei "einzig erfolgt, weil die Ehefrau Residenzpflicht hat". Die Wohnsitzpflicht für Pfarrerinnen/Pfarrer sei nicht lokal, sondern kantonal im Dienst- und Lohnreglement für die ordinierten Dienste der Synode der Evangelisch-Reformierten Landeskirche des Kantons Aargau geregelt. Sie hätten sich der Verpflichtung gefügt und den Umzug nach W. vorgenommen.

5.3.1.

Das von den Rekurrenten angerufene Dienst- und Lohnreglement für die ordinierten Dienste vom 16. November 2005 (DLD; SRLA 371.300) hält in § 30 fest, dass die Pfarrerin oder der Pfarrer im Pfarrhaus oder der Pfarrwohnung wohnen (Abs. 1). Die Kirchgemeinden stellen den hauptamtlichen Pfarrerinnen oder Pfarrern ein Pfarrhaus oder eine entsprechende Wohnung zur Verfügung. Verfügt die Kirchgemeinde über kein Pfarrhaus oder keine Pfarrwohnung, ist die Pfarrerin oder der Pfarrer ab einem Pensum von 50% gleichwohl verpflichtet, in der Kirchgemeinde Wohnsitz zu nehmen (Abs. 3). In begründeten Fällen sind die Kirchgemeinden befugt, Ausnahmen zu gestatten (Abs. 5).

§ 30 DLD regelt somit zum einen die Pflicht der Pfarrerin oder des Pfarrers, das Pfarrhaus zu bewohnen und zum anderen bei fehlendem Pfarrhaus die Wohnsitzpflicht für Pfarrerinnen und Pfarrer mit einem Pensum von mindestens 50 %.

5.4.

5.4.1.

Die von den Rekurrenten vorgebrachte Residenzpflicht ist folglich (bei einem Hauptpensum bzw. ab einem Pensum von 50%) zwar erstellt, doch ist zu beachten, dass das DLD erst am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist (§ 66). Für die vorliegend zu beurteilende Steuerperiode 2006 ist es damit von vornherein nicht anwendbar.

5.4.2.

Die bis zum 31. Dezember 2006 gültigen Richtlinien für die Teilzeitanstellung von Theologinnen und Theologen vom 13. Dezember 1989 (SRLA 373.700) hielten in § 10 Folgendes fest:

"Nur Pfarrer mit voller Anstellung und Ehepaare, die zusammen mindestens eine 100%-Stelle versehen, haben Anspruch auf unentgeltliche Benützung des Pfarrhauses nach § 76 Abs. 1 Kirchenordnung. Steht ein Pfarrhaus zur Verfügung, so kann es auch an Inhaber einer Teilzeitstelle abgegeben werden. [...] Für Teilzeitanstellungen ist die Kirchenpflege entgegen § 76 Abs. 2 Kirchenordnung nicht verpflichtet, eine Wohnung, wohl aber einen Amtsraum zur Verfügung zu stellen. Die selber gesuchte Wohnung muss sich aber auch nicht am Ort der Anstellung befinden."

Daraus erhellt, dass für die Rekurrentin mit ihrem 80 %-Pen-sum pro 2006 weder ein Recht noch eine Pflicht bestand, in einem Pfarrhaus oder einer Pfarrwohnung in W. zu wohnen. Auch eine ge-nerelle Residenzpflicht am Arbeitsort lag nicht vor.

5.5.

Es ergibt sich, dass der von den Rekurrenten im Jahr 2006 voll-zogene Umzug von B. nach W. nicht auf einer Verpflichtung der Re-kurrentin gegenüber ihrer Arbeitgeberin beruhte. Die diesbezüg-lichen Ausführungen der Rekurrenten gehen ins Leere. Unter diesen Umständen kann den geltend gemachten Umzugskosten kein Gewin-nungskostencharakter zukommen und sie wurden von der Vorinstanz zu Recht nicht zum Abzug zugelassen.

62 Weiterbildungskosten (§ 35 Abs. 1 lit. e StG)

- **Die Kosten für eine Haushalthilfe können bei einem ledigen Steuer-pflichtigen, welcher ein Nachdiplomstudium mit Fachrichtung Be-triebswirtschaft absolviert, nicht als indirekte Weiterbildungs-kosten zum Abzug zugelassen werden.**

29. April 2009 in Sachen R.W., 3-RV.2008.267.

63 Gewinnungskosten des selbständig Erwerbenden; Prämie der Kranken-taggeldversicherung für die mitarbeitende Ehefrau (§ 36 Abs. 1 StG)

- **Die Prämie der Krankentaggeldversicherung für die in erheblichem Umfang im Betrieb des Ehemannes mitarbeitende Ehefrau stellt Ge-schäftsaufwand der Einzelfirma des Ehemannes dar.**

26. März 2009 in Sachen S.G. + Erben des U.G., 3-RV.2007.264.

Aus den Erwägungen

2.5.

2.5.1

Im vorliegenden Fall arbeitete S.G. unbestrittenermassen in er-heblichem Umfang im Restaurant mit. Es ist ebenfalls unbestritten,

dass ihr Anteil an der Prämie der Krankentaggeldversicherung dann geschäftsmässig begründeter Aufwand der Einzelfirma [des Ehemannes] wäre, wenn ihr ein Lohn ausgerichtet würde. Dagegen kann nach Ansicht des Kantonalen Steueramtes die Meinung vertreten werden, die Prämie stelle Privataufwand dar, wenn (wie im vorliegenden Fall) für die mitarbeitende Ehefrau AHV-mässig kein Lohn abgerechnet werde und sie somit weder Betriebsinhaberin noch Angestellte sei.

2.5.2.

In einem Entscheid vom 3. September 1990 (= StE 1991 B 63.13 Nr. 31) hat das BGr (in Bezug auf eine Zwischenveranlagung) zur regelmässigen und beträchtlichen Mitarbeit einer Ehefrau im landwirtschaftlichen Betrieb des Ehegatten folgendes festgehalten:

"In einem landwirtschaftlichen Betrieb kann im allgemeinen nicht die Rede davon sein, die Ehefrau sei nicht erwerbstätig. Auch wenn sie normalerweise keinen Lohn bezieht, trägt sie mit ihrer Mitarbeit in der Regel zum (landwirtschaftlichen) Erwerbseinkommen ihres Ehegatten und damit der Familie nicht Unwesentliches bei; insofern ist auch sie erwerbstätig bzw. miterwerbstätig. Im Übrigen ist es durchaus üblich, dass einem im Beruf oder Gewerbe (landwirtschaftliches Gewerbe, handwerkliche Betriebe, Ladengeschäft, Arztpraxis, u.a.m.) des Ehegatten mitarbeitenden Ehepartner normalerweise nicht laufend ein Lohn ausgerichtet wird; dennoch kann ein Entgelt geschuldet sein (BGE 113 II 414; Art. 165 ZGB). Auch wenn es den Ehegatten schliesslich freisteht, eine allfällige Mitarbeit vertraglich zu regeln, käme es wegen der familienrechtlichen Überlagerung, jedenfalls einem überspitzten Formalismus gleich, wollte man im System der Familienbesteuerung (Ehegattenbesteuerung) das Vorliegen einer hauptberuflichen (Erwerbs-)Tätigkeit des mitarbeitenden Ehepartners nur dann bejahen, wenn eine besondere Vereinbarung zwischen den Ehegatten geschlossen wurde."

Das Gleiche gilt im vorliegenden Fall. S.G. war, wenn auch ohne Lohn, erwerbstätig. Es kann für die Abzugsfähigkeit der Prämie der Taggeldversicherung keine Rolle spielen, ob ihr gestützt auf einen Arbeitsvertrag ein Lohn ausgerichtet wird, oder ob der von ihr erwirtschaftete Anteil am Gewinn der Einzelfirma steuerlich als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit des Mannes erfasst wird. In beiden Fällen bestand, wie das Kantonale Steueramt richtig

festhält, für die Einzelfirma ein geschäftlich begründetes Interesse, einen allfälligen krankheitsbedingten Ausfall von S.G. zu versichern.

2.5.3.

Die Steuerkommission V. ist der Ansicht, dass die Prämie nicht geschäftsmässig begründeter Aufwand der Einzelfirma sei, da der Anspruch aus der Taggeldleistung S.G. persönlich zugestanden sei, und nicht der Einzelfirma.

Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Versicherungsnehmer der Krankentaggeldversicherung war "U.G., Restaurant F.", was auch das Kantonale Steueramt bestätigt.

2.5.4.

Der auf S.G. entfallende Anteil an der Prämie der Krankentaggeldversicherung ist daher zum Abzug zuzulassen.

64 Gewinnungskosten des selbständig Erwerbenden; Büro zu Hause (§ 36 Abs. 1 StG)

- **Berechnung des Geschäftsanteils an den Mietkosten bei geschäftlich genutzten Räumen in der privaten Wohnung**
- **Feststellung der geschäftlich genutzten Räume**

22. Januar 2009 in Sachen M.B., 3-RV.2008.14.

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Unter die abzugsfähigen Kosten gemäss § 36 StG können u.a. die für die Einkommenserzielung notwendigen Raumkosten fallen. Während bei einem unselbständig Erwerbenden ein Arbeitszimmerabzug nur gewährt wird, wenn am Arbeitsort keine zumutbare Möglichkeit besteht, die Berufsarbeit zu erledigen, in der privaten Wohnung für die Berufsarbeiten ein Arbeitszimmer ausgeschieden ist und dieses Zimmer hauptsächlich und regelmässig für einen wesentlichen Teil der Berufsarbeit benützt wird, genügt es bei den selbständig Erwerbenden, dass die Aufwendungen geschäftsmässig

begründet und tatsächlich aufgewendet worden sind. Selbständig Erwerbstätige können sich frei organisieren und selber entscheiden, wo und in wie vielen Räumen sie ihre Arbeit erledigen wollen. Ihre Aufwendungen für Geschäfts- und Büroräumlichkeiten sind unabhängig von ihrer Grösse oder Notwendigkeit voll abzugsberechtigt, sofern sie geschäftsmässig begründet sind. Von diesen allgemeinen Regeln ist auch bezüglich der Abzugsberechtigung eines in der Privatwohnung eingerichteten, geschäftlich genutzten Arbeitszimmers nicht abzuweichen. Ein Abzug bei selbständig Erwerbstätigen ist demzufolge immer dann zuzulassen, wenn erwiesen ist, dass ein Zimmer der Privatwohnung oder zumindest ein Teil davon effektiv geschäftlich genutzt wird. Wenn die Räumlichkeiten zu einem wesentlichen Teil auch privat benützt werden können, kommt nur ein teilweiser Abzug der auf die benützten Räumlichkeiten entfallenden Kosten in Betracht (zum Ganzen: RGE vom 19. Juni 2003 in Sachen H. + S.R., mit Hinweisen). Kein Abzug wird dagegen gewährt für Räume wie die Küche, Toilette und die Diele, da die private Nutzung hier bei weitem überwiegt (RGE vom 23. Februar 2006 in Sachen J.T.).

3.2.

Für die Berechnung des Mietanteils eines Zimmers wird nach der Praxis des Steuerrekursgerichts auf das Schätzungsprotokoll gemäss der VBG abgestellt. Dabei wird der prozentuale Anteil der Raumeinheiten (RE) des geschäftlich genutzten Raumes an den gesamten Raumeinheiten des Hauses oder der Wohnung ermittelt. Im selben Verhältnis wird die Eigenmiete oder der Mietzins aufgeteilt (vgl. RGE vom 14. August 2003 in Sachen A. + B.P.). Fehlt ein Schätzungsprotokoll, wird der Mietzins durch die offizielle Zimmerzahl plus zwei (für Nebenräume wie die Küche und das Bad) geteilt und mit der Anzahl der geschäftlich genutzten Räume multipliziert (RGE vom 27. Mai 2004 in Sachen P. + S.O.).

4.

4.1.

Die Steuerkommission L. hat im Veranlagungsverfahren den Privatanteil an den Mietkosten des Hauses ohne weitere Abklärungen auf 75 % festgesetzt.

Im Einspracheverfahren wurde die Rekurrentin aufgefordert, eine "(f)ür Nichtkünstler nachvollziehbare Begründung für den sehr hoch erscheinenden geltend gemachten Geschäftsanteil an der Miete" einzureichen. Die Rekurrentin reichte Pläne des Hauses ein, worin sie jeweils die Nutzung der einzelnen Räume einzeichnete. Danach werden alle Räume ausschliesslich geschäftlich genutzt, nur das Wohn-, Ess- und Schlafzimmer teilweise auch privat. Sie führte dazu aus, dass für ihre Tätigkeit sehr viel Platz erforderlich und das Wohnen von untergeordneter Bedeutung sei. Von diesen Angaben abweichend hat die Steuerkommission L., ohne weitere Abklärungen, drei Räume als vollumfänglich geschäftlich genutzt (je ein Atelier und ein Lager), einen Raum als zu zwei Drittel geschäftlich genutzt ("Atelier, Studio, Bibliothek") und einen Raum als zur Hälfte geschäftlich genutzt (Galerie, Ausstellung) anerkannt.

4.2.

Entgegen der Ausführungen des Steueramtes L. sind, wie aus der vorstehenden Erwägung 3.1. ersichtlich, bei selbständig Erwerbenden nicht nur die Kosten für die absolut notwendigen Raumkosten abzugsfähig. Auch wenn die Steuerkommission L. der Ansicht ist, ein Atelier sollte für die Tätigkeit der Rekurrentin genügen, sind ihr doch die Kosten für die tatsächlich geschäftlich genutzten Räume zu gewähren.

4.3.

Wenn die behauptete geschäftliche Nutzung eines Raumes nicht offensichtlich nur sehr gering ist (z.B. bei einer geschäftlichen Nutzung des Wohnzimmers zu lediglich 2 % oder die Mitbenutzung des Arbeitstisches im Zimmer des Sohnes [vgl. RGE vom 26. April 2007 in Sachen M. + E.S.]), so ist zur Bestimmung der geschäftlich genutzten Räume entweder auf die Angaben der steuerpflichtigen Person abzustellen, oder es sind, wenn diese Angaben unglaubwürdig erscheinen, weitere Abklärungen vorzunehmen. Hierfür sind das Einverlangen von Fotografien oder ein Augenschein denkbar (vgl. auch RGE vom 26. Juni 2008 in Sachen R.W. betreffend Unternutzungsabzug). Dem Hinweis des Steueramtes L. in der Vernehmlassung, es gehe nicht um die Feststellung der geschäftlichen Nutzung des Hauses zu einem zufälligen Zeitpunkt zwei Jahre nach der Be-

messungsperiode, ist entgegen zu halten, dass ein anderer Nachweis der geschäftlich genutzten Räume gar nicht möglich ist. Es ist nicht davon auszugehen, dass die geschäftliche Nutzung der Räume ständig ändert.

65 Gewinnungskosten des selbständig Erwerbenden; Rückstellung (§ 36 Abs. 2 lit. b StG)

- **Pauschale Rückstellungen für Grossreparaturen an Liegenschaften des Geschäftsvermögens sind nicht zulässig und als Reserven zu qualifizieren.**

25. Juni 2009 in Sachen W. + V.L.

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Die Rekurrenten haben im Geschäftsabschluss 2003 die "Rückstellung Erneuerung Immob." um CHF 5'000.00 auf CHF 23'200.00 erhöht. Sie haben sich dabei auf eine pauschalierte Bemessung dieser Rückstellung berufen, wonach jährlich bis zu 0.5 % des Buchwertes der Liegenschaft bis zu einer Gesamthöhe von 3 % des Buchwertes der Liegenschaft für Renovationen zurückgestellt werden könnten. Insbesondere wurde auf (...) die Zürcher Praxis verwiesen.

(...)

3.4.2.

Das KStA hat in seiner Vernehmlassung im Rekursverfahren zum Ausdruck gebracht, dass eine Rückstellungspraxis mit einem pauschalen Rückstellungssatz im Kanton Aargau nicht bestehe und von den Steuerbehörden abgelehnt werde. Zur Stützung des Standpunktes wird auch auf ein Kursprotokoll der Gruppenkonferenz (der Steuerkommissäre) vom 9. September 2005 verwiesen. Aus diesem Protokoll geht insbesondere hervor, dass die (nur) gemäss der Zürcher Steuerpraxis zulässigen Rückstellungen für Grossreparaturen an

Liegenschaften des Geschäftsvermögens aufgrund der Pauschalierung als Reserven zu qualifizieren wären.

Diese Einschätzung ist, werden die Rückstellungen nicht gestützt auf bestimmte Projekte (und dabei eingegangene Verpflichtungen) oder konkrete Risiken gebildet, zutreffend. Ein Anspruch auf Bildung von einkommensmindernden Reserven besteht nicht und entsprechende Rückstellungen können aufgerechnet werden.

66 Verlustvortrag (§ 38 Abs. 1 StG)

- **Der verrechenbare Verlustvortrag entspricht dem negativen Reineinkommen des Vorjahres, jedoch maximal dem damals erzielten Verlust aus selbständiger Erwerbstätigkeit.**

17. Dezember 2009 in Sachen R. + E.E., 3-RV.2008.270.

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Gemäss § 38 Abs. 1 StG können Verluste aus selbständiger Erwerbstätigkeit aus den 7 der Steuerperiode vorangegangenen Geschäftsjahren abgezogen werden, soweit sie bei der Berechnung des steuerbaren Einkommens dieser Jahre nicht berücksichtigt werden konnten.

3.2.

Für das Steuerjahr 2005 wurden die Rekurrenten zu einem steuerbaren Einkommen von null Franken veranlagt. Dabei wurde in den "Details zur Steuerveranlagung" das "Total der Einkünfte" mit CHF - 45'688.00 ermittelt, das Reineinkommen mit CHF - 91'076.00.

Vorliegend stellt sich die Frage, wie hoch der Verlustvortrag aus dem Steuerjahr 2005 ist, der im Steuerjahr 2006 in Abzug gebracht werden kann. Die Steuerkommission R. ist der Ansicht, der abziehbare Verlustvortrag betrage entsprechend dem "Total der Einkünfte" CHF 45'688.00. Dagegen führen die Rekurrenten aus, das negative

Reineinkommen 2005 von CHF 91'076.00 sei als Verlustvortrag im Jahr 2006 zum Abzug zuzulassen.

Das Kantonale Steueramt hält fest, die Verluste aus selbständiger Haupt- und Nebenerwerbstätigkeit hätten im Jahr 2005 insgesamt CHF 204'403.00 betragen. Diese Verluste hätten im Umfang von CHF 113'327.00 im Jahr 2005 verrechnet werden können, was zu einem Reineinkommen von CHF - 91'076.00 geführt habe. Dieser Betrag entspreche somit dem Verlust, der in der Steuerperiode 2005 nicht vollständig habe verrechnet werden und im Jahr 2006 als Verlustvortrag abgezogen werden könne. Das Kantonale Steueramt beantragt die Gutheissung des Rekurses.

3.2.

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 [BE.2003.00301]; AGVE 1991, S. 383 mit Hinweisen; RGE vom 20. August 2009 in Sachen U.U.).

Das ist hier der Fall. Gemäss dem "Protokoll Sektion natürliche Personen vom 1. Juli 2002" entspricht es der Praxis des Kantonalen Steueramtes, dass das negative Reineinkommen eines Steuerjahres der Betrag ist, der in den folgenden Steuerjahren verrechnet werden kann, jedoch maximal der Verlust aus selbständiger Erwerbstätigkeit.

67 Berufliche Vorsorge (§ 40 lit. d StG)

- **Ohne Nachweis einer Steuerumgehung kann keine Verrechnung der Auszahlung aus der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) und dem Einkauf in die 2. Säule erfolgen, da es sich um zwei voneinander unabhängige Vorgänge handelt.**

22. Januar 2009 in Sachen A. + M.Sch., 3-RV.2007.195.

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Dem Rekurrenten wurden am 30. November 2004 infolge Ablaufs des Versicherungsvertrages CHF 79'697.75 aus der Säule 3a ausbezahlt. Im Dezember 2004 kaufte er sich mit CHF 76'000.00 in die 2. Säule ein.

(...)

3.

3.1.

Vorab ist festzuhalten, dass die Parteien übereinstimmend nicht von einer Steuerumgehung ausgehen, und der Einkauf in die 2. Säule unbestrittenermassen gesetzlich und reglementarisch zulässig war.

3.2.

Gemäss § 31 Abs. 1 StG sind alle Einkünfte aus anerkannten Formen der gebundenen Selbstvorsorge steuerbar. Von den Einkünften abgezogen werden können die gemäss Gesetz, Statut oder Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge zum Erwerb von Ansprüchen aus der beruflichen Vorsorge (§ 40 lit. d StG).

3.3.

Die Schweizerische Steuerkonferenz hält in ihren Anwendungsfällen zur beruflichen Vorsorge und Selbstvorsorge (Stand Dezember 2007) im Fall A.8.2.1., worauf sich die Vorinstanz stützt, folgendes fest: Wird das Guthaben aus der Säule 3a direkt als Einkauf in eine Vorsorgeeinrichtung der 2. Säule übertragen, ist dieser Vorgang steuerneutral. Einerseits kommt das Säule 3a-Guthaben im Zeitpunkt des Transfers nicht zur Besteuerung; andererseits kann die zum Einkauf verwendete Einlage steuerlich nicht in Abzug gebracht werden.

3.4.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeeinrichtungen vom 13. November 1982 (BVV 3) dürfen die Altersleistungen frühestens fünf Jahre vor dem ordentlichen Rentenalter der AHV (Art. 21 Abs. 1 AHVG) ausgerichtet werden. Im Übrigen ist die vorzeitige Ausrichtung der Altersleistungen nur zulässig, wenn der Vor-

sorgenehmer die ausgerichtete Leistung für den Einkauf in eine steuerbefreite Vorsorgeeinrichtung oder für eine andere anerkannte Vorsorgeform verwendet (Art. 3 Abs. 2 lit. b BVV 3).

Damit sieht das Gesetz - bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt - zwei Möglichkeiten für den Bezug des Kapitals aus der Säule 3a vor: Die Auszahlung des Säule-3a-Guthabens an den Versicherten bei Erreichen eines minimalen Alters zur freien Verfügung und die (gebundene) Verwendung des Guthabens für den Einkauf in die 2. Säule. Letztere Möglichkeit verlangt die direkte Übertragung des Guthabens von der Säule 3a in die 2. Säule.

Für Vorsorgenehmer, welche zur Zeit des Bezuges des Säule-3a-Guthabens 5 Jahre oder weniger vor dem ordentlichen AHV-Rentenalter stehen, sind nach der gesetzlichen Ordnung beide Varianten möglich. Das Gesetz gewährt solchen Vorsorgenehmern damit ein (uneingeschränktes) Wahlrecht für den Bezug ihrer Guthaben aus der Säule 3a.

3.5.

Der Rekurrent war im Zeitpunkt der Auszahlung seines Säule-3a-Guthabens 64 Jahre alt. Auf diesen Zeitpunkt lief auch sein Vorsorgevertrag aus. Er war damit ohne weiteres berechtigt, die Auszahlung zur freien Verfügung zu verlangen.

Die steuerneutrale Übertragung, indem der Kapitalbezug aus der Säule 3a mit dem Einkauf in die 2. Säule verrechnet wird, kann gegen den Willen des Versicherten nicht durchgesetzt werden. Mit einem solchen Vorgehen würde das gesetzlich gewährte Wahlrecht unzulässigerweise eingeschränkt. Das gilt selbst dann, wenn sich mit dem gewählten Vorgehen eine Steuerersparnis erzielen lässt. Zu Recht sind die Rekurrenten und die Vorinstanz nicht von einer Steuerumgehung ausgegangen.

4.

Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Auszahlung des Guthabens aus der Säule 3a und der Einkauf in die 2. Säule zwei voneinander unabhängige Vorgänge darstellen. Der Einkauf in die 2. Säule in der Höhe von CHF 76'000.00 ist somit zum Abzug vom Einkommen zuzulassen.

- 68 Krankheitskosten; Medikamente, Heilmittel (§ 40 lit. i StG)**
- **Abweichend vom aktuellen Merkblatt "Krankheitskosten" sind grundsätzlich auch die Kosten für nicht ärztlich verordnete Medikamente und Heilmittel als Krankheitskosten abziehbar.**

22. Januar 2009 in Sachen J. + D.S., 3-RV.2008.121.

- 69 Gewinnsteuer; Bürgschaftskommission (§ 68 Abs. 1 lit. b StG)**
- **Die geschäftsmässig begründete Bürgschaftskommission einer juristischen Person an eine nahestehende Person ist gestützt auf Drittmarktverhältnisse, insbesondere gestützt auf bestellte weitere Sicherheiten wie Grundpfand und Verpfändung von Wertschriften, festzusetzen.**

24. September 2009 in Sachen D. AG, 3-RV.2007.256.

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Es ist vorliegend unbestritten, dass H. als Aktionär zu Gunsten der Rekurrentin eine Bürgschaft von CHF 2.35 Mio. leistete. Die Rekurrentin bezahlte dafür an H. eine Bürgschaftskommission von CHF 94'000.00, was 4 % des verbürgten Betrages entspricht. Umstritten ist die geschäftsmässige Begründetheit der Bürgschaftskommission.

(...)

4.3.3.

Nach dem Wortlaut des Zusammenarbeitsvertrages war die Finanzierung - ohne dass eine zusätzliche Bürgschaft berücksichtigt wurde - an einen Zinssatz von 3.25 % gebunden. Auf diesen Massstab ist daher zur Beurteilung der Angemessenheit der Bürgschaftskommission abzustellen, zumal die Rekurrentin geltend gemacht hat, nur dank der Bürgschaft sei von der Bank X. ein (noch) günstigerer Zinssatz gewährt worden. Eine angemessene Bürgschaftskommission

kann daher maximal der Zinersparnis zwischen einer Hypothek ohne Bürgschaft und einer Hypothek mit Bürgschaft entsprechen. In diesem Umfang besteht ein direkter Zusammenhang zwischen Hypothekarzinssatz und Bürgschaftskommission. Ohne Verletzung des Massgeblichkeitsprinzipes - es wird lediglich die Angemessenheit der bezahlten Bürgschaftskommission geprüft - kann insofern eine Gesamtbetrachtung Platz greifen.

4.3.4.

Geht man von einem angemessenen Schuldzinssatz von 3.25 % gemäss Zusammenarbeitsvertrag aus, ergibt sich auf CHF 3.7 Mio. ein Schuldzins von CHF 120'250.00. Werden von diesem Betrag die verbuchten Schuldzinsen von CHF 53'093.95 abgezogen, bleibt eine aufgrund der Sicherheiten erzielte "Schuldzinersparnis" von CHF 67'156.05 übrig. Bezogen auf die Bürgschaft von CHF 2'350'000.00 ergäbe sich damit eine maximale Bürgschaftskommission von rund 2.858 %. Wird berücksichtigt, dass weitere Sicherheiten wie Grundpfand und Verpfändung von Wertschriften bestanden, muss der Satz für eine Bürgschaftskommission deutlich tiefer liegen. Eine Bürgschaftskommission von 1.5 % erscheint unter diesen Umständen gerade noch als angemessen.

Dieses Resultat deckt sich mit den von Banken verlangten Kommissionen. Bei Kreditbesicherungen werden zwischen 0.20 % pro Quartal (bei kurant gedeckten Krediten) und 0.35 % pro Quartal (für übrige Kredite) verrechnet. Der Maximalsatz beträgt somit 1.4 % p.a. Auch daraus ist das Missverhältnis zwischen Leistung (Bürgschaft) und Gegenleistung (Bürgschaftskommission) leicht erkennbar.

Die angemessene (geschäftsmässig begründete) Bürgschaftskommission ist auf CHF 35'250.00 (1.5 % von CHF 2'350'000.00) festzusetzen.

70 Grundstückgewinnsteuer; Begriff des überbauten Grundstücks (§ 105 Abs. 1 StG; § 46 Abs. 1 StGV)

- Was gilt als nicht mehr nutzbares Abbruchobjekt?

26. März 2009 in Sachen N.H. + O.Sch., 3-RV.2008.9.

Aus den Erwägungen

4.

4.1.

§ 46 StGV definiert den Begriff des überbauten Grundstückes im Sinne von § 105 Abs. 1 StG folgendermassen:

¹ Als überbaut gelten Grundstücke, auf denen im Zeitpunkt der Veräusserung feste, mit dem Boden verbundene Gebäude stehen. Grundstücke mit nicht mehr nutzbaren Abbruchobjekten, Fahrnisbauten, Schuppen usw., deren Wert für den Kaufpreis von untergeordneter Bedeutung ist, gelten nicht als überbaut.

² Als überbaut gilt auch der im Ort oder Quartier übliche Umschwung einer Baute.

³ Nicht als überbaut gilt der übernormale Umschwung einer Baute, sofern er zu einer Überbauung oder Arrondierung verwendet werden könnte und sofern diese zusätzliche Nutzung ohne wesentliche Beeinträchtigung des überbauten Teils möglich wäre."

(...)

4.3.

4.3.1.

Von einem Abbruchobjekt kann grundsätzlich in zweierlei Hinsicht gesprochen werden.

Ein Abbruchobjekt liegt zunächst dann vor, wenn ein Gebäude technisch abbruchreif ist. Wann dieser Zustand erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern nur aufgrund von Indizien ermitteln. Für technische Mängel sprechen beispielsweise schwere Mängel der Bausubstanz. Liegen derartige Mängel vor, ist ein Gebäude häufig unbewohnt. Hingegen erlaubt das Alter eines Bauwerks keinen Schluss auf seine restliche Lebensdauer (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. Auflage, Zürich 2006, § 220 StG N 170 f., mit Hinweisen; vgl. Christian Mäder, Vorfragen aus dem Umwelt-, Bau- und Planungsrecht im Steuerrecht, PBG 2001, S. 12). Anzumerken ist, dass die Rechtsprechung zur Grundstückgewinnsteuer nur mit Zurückhaltung auf ein Abbruchobjekt schliesst (StE 2000 B 44.1 Nr. 7).

Im Gegensatz zur technischen Abbruchreife als Begriff aus der Architektur und dem Ingenieurwesen steht die wirtschaftliche Abbruchreife als ökonomischer Begriff. Wirtschaftlich abbruchreif ist ein Gebäude - ungeachtet seines Zustands - stets dann, wenn der Eigentümer durch seinen Abbruch und einen nachfolgenden Neubau oder eine andere Nutzung des Bodens eine höhere Rendite erzielen kann, wenn also der absolute Landwert höher ist als der Verkehrswert des Grundstücks im Rahmen der vorhandenen Überbauung. Die Annahme, dass ein wirtschaftliches Abbruchobjekt vorliegt, ergibt sich erst aufgrund einer Renditeberechnung. Als Hinweis gilt immerhin, dass nach gut vierzig Jahren statistisch bei einem Gebäude die wirtschaftliche Abbruchreife vorliegt. Eine natürliche Vermutung spricht dafür, dass eine Neuüberbauung nur dann erfolgt, wenn damit - unter Berücksichtigung eines Risikozuschlags - eine höhere Rendite erzielt werden kann als mit der Beibehaltung des Altbaus (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 220 StG N 172, mit Hinweisen). (...)

4.3.2.

Gemäss dem klaren Wortlaut von § 46 Abs. 1 StGV gilt ein überbautes Grundstück unter anderem dann als nicht überbaut, wenn es sich bei der Baute um ein *nicht mehr nutzbares Abbruchobjekt* (bzw. Fahrnisbaute, Schuppen usw.) handelt. Der Verordnungstext spricht somit nicht nur von einem Abbruchobjekt, sondern verlangt, dass dieses auch nicht mehr nutzbar ist. Dies spricht für eine restriktive Auslegung dessen, was als Abbruchobjekt zu qualifizieren ist, und für eine Beschränkung auf die technische Abbruchreife als Beurteilungskriterium. Ob mit der Nutzbarkeit eine beliebige, im Rahmen der geltenden Gesetzesordnung zulässige Nutzung oder nur die der Baute ursprünglich zgedachte bestimmungsgemässe Nutzung gemeint ist, lässt sich dem Wortlaut hingegen nicht entnehmen.

Auf jeden Fall sind dem Gesetzeswortlaut (und der Gesetzes-systematik) keine Hinweise darauf zu entnehmen, dass ein Grundstück auch aufgrund einer (ausschliesslich) ökonomischen Betrachtungsweise als unüberbaut zu gelten hat.

4.3.3.

4.3.3.1.

Im Merkblatt "Wann ist ein Grundstück i.S. von § 76 Abs. 1 überbaut?" des Kantonalen Steueramtes vom 14. Februar 1982 wurde unter anderem das Folgende ausgeführt:

"2. Was heisst überbaut?

§ 76 bezweckt in erster Linie, Steuerpflichtige und Steuerbehörden vom Nachweis weit zurückliegender Anlagekosten zu entbinden. Dieser Nachweis fällt vor allem bei überbauten Grundstücken schwer; beim unüberbauten Land lässt sich der Anlagewert leichter feststellen, weil er meistens in einer öffentlichen Urkunde festgehalten wird.

In Anlehnung an die heute massgebenden Schätzungsvorschriften beurteilt sich die Frage, ob ein Grundstück überbaut ist, nach einem wirtschaftlichen Kriterium. Als überbaut gilt ein Grundstück, für dessen Wert die Baute nicht bloss von untergeordneter Bedeutung ist. Beeinflusst die Baute den Wert des Grundstückes erheblich, so ist es überbaut. Dies trifft für ein Einfamilienhaus, für eine Geschäftsliegenschaft, für eine moderne Lagerhalle oder für ein Ferienhaus in der Regel zu. Von untergeordneter Bedeutung für den Wert eines Grundstückes sind dagegen in der Regel Fahrnisbauten, Abbruchobjekte, alte Schuppen usw.; solche Liegenschaften gelten nicht als überbaut."

Zu diesem Merkblatt bzw. zu dieser Definition wurden weder in der "Grossratskommission für die Revision des (alten) Steuergesetzes" noch im Grossrat Bemerkungen gemacht. Es scheint dafür zu sprechen, dass der Gesetzgeber (auch) die wirtschaftliche Abbruchreife berücksichtigt haben wollte.

4.3.3.2.

Im Merkblatt wurde auch ein möglicher Verordnungstext formuliert, der wie folgt lautete:

"¹ Als überbaut gelten Grundstücke, für deren Wert die Baute im Zeitpunkt nicht bloss von untergeordneter Bedeutung ist. Grundstücke mit Abbruchobjekten, Fahrnisbauten, Schuppen usw., deren Wert für den Kaufpreis von untergeordneter Bedeutung ist, gelten nicht als überbaut.

² [...]"

Der erste Satz rückt den Wert der Baute als wirtschaftliches Beurteilungskriterium in den Vordergrund, während im zweiten Satz der

Vorrang der technischen Abbruchreife eingeräumt wird und der Wert der Baute allenfalls als ein Hilfskriterium für die Beurteilung, ob ein Abbruchobjekt vorliegt, verstanden werden kann.

4.3.3.3.

In den Entwürfen der Verordnung zum Steuergesetz vom 17. April 1984 und 3. Juli 1984 wurde einerseits der erste Satz des erwähnten Verordnungstextes weggelassen und andererseits im zweiten Satz der Begriff der Abbruchobjekte auf die "nicht mehr nutzbaren" eingeengt. Diese Präzisierung fand in der Folge Eingang in § 40 Abs. 1 aStGV, welcher mit § 46 StGV übereinstimmt (vgl. Erw. 4.1).

4.3.3.4.

Die Entstehungsgeschichte von § 40 aStGV bzw. § 46 StGV spricht dafür, dass man den Begriff des Abbruchobjekts eng verstanden wissen wollte, und stützt somit die sich bereits aus dem Wortlaut ergebende Beschränkung auf die Abbruchreife im technischen Sinn. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber andernfalls auch die Abbruchreife im wirtschaftlichen Sinn mit hinreichender Bestimmtheit im Verordnungstext definiert hätte, beispielsweise mit der Formulierung "Grundstücke mit nicht mehr nutzbaren Abbruchobjekten, Fahrnisbauten, Schuppen usw. *oder mit nutzbaren Bauten*, deren Wert für den Kaufpreis von untergeordneter Bedeutung ist, gelten nicht als überbaut".

4.3.4.

Die Beschränkung auf die Abbruchreife im technischen Sinn erweist sich auch unter teleologischen Gesichtspunkten als richtig. Die Entwicklung auf dem Immobilienmarkt vermag dies zu illustrieren. Aufgrund der Tendenz der vergangenen Jahre zu verdichtetem Bauen und höherer Ausnützung des Bodens als eines nur begrenzt verfügbaren Gutes ist davon auszugehen, dass zahlreiche intakte und (noch) gut nutzbare Gebäude bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Abbruchobjekte bezeichnet werden müssten. Eine derartige Ausweitung des Begriffes des Abbruchobjekts entsprach kaum der Absicht des Gesetzgebers. Einer gegebenenfalls schlechten baulichen Ausnützung eines Grundstücks wird mit der Differenzierung in normalen und übernormalen Umschwung einer Baute, der als nicht überbaut gilt, hinreichend Rechnung getragen.

Es ist überdies kaum denkbar, dass sich die Abbruchreife im wirtschaftlichen Sinn ohne fachliche Abklärungen und Liegenenschaftsschätzungen beurteilen lässt. Den damit verbundenen Schwierigkeiten kann mit der Beschränkung auf die Abbruchreife im technischen Sinn weitgehend begegnet werden.

71 Fristerstreckungsgesuch (§ 180 Abs. 2 StG; § 65 Abs. 3 StGV)

- Gesuch um Erstreckung der Frist zur Einreichung von ergänzenden Unterlagen

26. März 2009 in Sachen L.D., 3-RV.2007.254.

Aus den Erwägungen

3.4.2.

Gemäss § 65 Abs. 3 StGV sind Gesuche um Erstreckung der Frist zur Einreichung von fehlenden Unterlagen vor Ablauf der Frist schriftlich dem Gemeindesteuernamt einzureichen, welches darüber entscheidet. Das Verwaltungsgericht hat dazu festgehalten, dass ein Fristerstreckungsgesuch auch mündlich gestellt werden kann, wobei in diesem Fall nur eine schriftliche Bewilligung seitens der Steuerbehörden der steuerpflichtigen Person ausreichend Gewissheit gebe (VGE vom 28. September 2006 in Sachen A.M. [WBE.2006. 281]).

Nach der Rechtsprechung der aargauischen Steuergerichte sind Begehren um Fristerstreckungen zu bewilligen, soweit sie für eine vollständige und gerechte Besteuerung dienlich sind. Dabei ist der Anspruch auf Fristerstreckung nicht unbegrenzt, weder in zeitlicher Hinsicht, noch bezüglich der Häufigkeit der Verlängerungen. Missbräuche sind auch hier zu unterbinden. In der Praxis werden an ein erstes Fristerstreckungsgesuch keine grossen Anforderungen gestellt. Es wird ihm regelmässig entsprochen. Bei weiteren Verlängerungsgesuchen und wenn die Erstreckung über das Mass von 10 - 30 Tagen hinausgeht, darf eine eingehendere Begründung verlangt werden. Schliesslich darf eine Fristerstreckung verweigert werden, wenn sie rechtsmissbräuchlich oder wenn sie aus zeitlichen Gründen

(Verjährung) nicht mehr zulässig erscheint (RGE vom 7. Oktober 1999 in Sachen H.H., bestätigt durch VGE vom 14. Dezember 1999 [BE.1999.00292]).

3.4.3.

Im vorliegenden Fall wurde einem ersten Fristerstreckungsgesuch entsprochen, jedoch lediglich aufgrund der Schwierigkeiten, innerhalb der ursprünglich angesetzten Frist einen Termin für eine Verhandlung zu finden. Vor Ablauf der verlängerten Frist meldete sich der Treuhänder des Rekurrenten telefonisch mit der Bitte, eine weitere Fristerstreckung zu gewähren. Dieses Begehren wurde ebenso abgewiesen wie jenes des Rekurrenten vom Tag der Verhandlung. Hierfür ist jedoch kein zwingender Grund ersichtlich. Seit Bekanntgabe der beabsichtigten Aufrechnungen durch die Steuerkommission K. waren erst rund 1 ½ Monate vergangen, die erste Fristerstreckung wurde lediglich für 20 Tage gewährt und die Verjährung war (und ist) kein Thema. Spätestens am 15. August 2007, als der Rekurrent erste Belege vorlegte und damit seine Bemühungen, die fehlenden Unterlagen zu beschaffen, dokumentierte, und zudem sämtliche vorgelegten Belege durch die Steuerkommission K. anerkannt wurden, hätte das Gemeindesteuernamt K. einem zweiten Fristerstreckungsgesuch entsprechen müssen. Allein der Umstand, dass am Nachmittag des 15. August 2007 eine Sitzung der Steuerkommission K. stattfand, war jedenfalls kein Grund, die Fristerstreckung zu verweigern.

II. Bundessteuern

A. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990

- 72 Gewinnsteuer; Zahlung einer Provision ins Ausland (Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG)
- **An den Nachweis der geschäftsmässigen Begründetheit von ins Ausland bezahlten Vermittlungsprovisionen sind hohe Anforderungen zu stellen. Der Nachweis einer Zahlung genügt nicht, um zu beweisen, dass eine Mäklertätigkeit vorliegt.**

22. Oktober 2009 in Sachen D. AG, 3-BB.2008.10.

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Die Beschwerdeführerin deklarierte mit der Steuererklärung 2004 einen für die Direkte Bundessteuer 2004 massgeblichen Reingewinn von CHF 18'155.00. Dabei wurden gestützt auf die Vereinbarung zwischen der M. Ltd., Nassau, und der Beschwerdeführerin vom 2. März 2004 geleistete Provisionszahlungen von CHF 45'800.00 (Vermittlungsprovisionen) als Aufwand verbucht.

(...)

3.3.

3.3.1.

Es ist vorliegend unbestritten, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2004 Zahlungen von CHF 45'800.00 an die M. Ltd. mit Sitz auf den Bahamas geleistet hat. Die entsprechenden Belastungen sind mit Auszügen des CHF-Geschäftskontos bei der A.bank ausgewiesen. Die Überweisungen erfolgten dabei auf das Konto der M. Ltd. bei der V.bank in Vaduz.

3.3.2.

Die Beschwerdeführerin stützt sich bei der Verpflichtung zur Bezahlung von Provisionen auf eine vertragliche Grundlage. Nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeergänzung vom 10. Juli 2008 und dem der Replik angefügten "Memorandum" kommen dabei ein im Jahr 2003 abgeschlossener Geschäftsbesorgungs-/Vermittlungsvertrag sowie der zwischen der M. Ltd. und der Beschwerdeführerin abgeschlossene Geschäftsbesorgungs- bzw. Unterstützungsvertrag ("Agency/Assistance Agreement") vom 2. März 2004 (mit Anhang 1 über die Höhe der Vermittlungsprovisionen) in Frage. Ein Zusammenarbeitsvertrag aus dem Jahr 2003 wurde von der Beschwerdeführerin nicht eingereicht. Die Provisionszahlungen lassen sich daher nur auf die Vereinbarung vom 2. März 2004 abstützen.

3.3.3.

Vorab ist festzustellen, dass sich die Zahlung von CHF 10'000.00 gemäss Rechnung der M. Ltd. vom 1. Juli 2004 für "Geschäfte 2003" nicht auf die Vereinbarung vom 2. März 2004 beziehen kann. Insofern ist keine Verpflichtung zu einer Bezahlung von Vermittlungsprovisionen nachgewiesen. In diesem Umfang ist die Beschwerde ohne Weiteres abzuweisen.

3.3.4.

Das KStA hat in seiner Vernehmlassung zu Recht ausgeführt, dass sich dem Jahresabschluss 2004 der M. Ltd. keine Personalaufwendungen entnehmen lassen. Mit dem Memorandum zur Replik der Beschwerdeführerin wird bestätigt, dass die M. Ltd. kein eigenes Personal beschäftigt. Die Vermittlung der Einkaufsmöglichkeiten wird angeblich durch von der C. Ltd., Dubai, bezahltes Personal ausgeführt. Zudem wird angegeben, dass von Drittgesellschaften angestelltes Personal die Vermittlungstätigkeit ausübe. Insofern ist die M. Ltd. gar nicht in der Lage, eine mit Provisionen abzugeltende Vermittlungstätigkeit auszuüben. Den Leistungen an die M. Ltd. steht somit keine entgeltliche Gegenleistung zu Gunsten der Beschwerdeführerin gegenüber. Ein entsprechender Aufwand kann sich somit nicht auf die Vereinbarung vom 2. März 2004 abstützen. Auch insofern ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

3.3.5.

Das KStA hat sich damit zu Recht auf den Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kanton Graubünden vom 10. Juni 2005 (StE 2006 B 92.3 Nr. 15) gestützt, wonach dann strenge Anforderungen an den Nachweis der geschäftsmässigen Begründetheit eines Aufwandes zu stellen sind, wenn internationale Rechtsbeziehungen in Frage stehen. Wenn sich die Verhältnisse des ausländischen Leistungsempfängers der Kontrolle durch die inländischen Steuerbehörden entziehen, darf ein Nachweis darüber verlangt werden, dass die Zahlungen dem Empfänger tatsächlich zugeflossen sind. Vorliegend kann mit der Argumentation der Vorinstanz im Einspracheentscheid und der Vernehmlassung nicht ausgeschlossen werden, dass der für die M. Ltd. zeichnende S.G. auch an der Beschwerdeführerin beteiligt ist. In Anwendung der Grundsätze des oben zitierten Urteils des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden sind an den Nachweis die dort genannten strengen Anforderungen zu stellen. Dieser Nachweis ist nicht gelungen. Auch deshalb ist die Beschwerde abzuweisen.

73 Gewinnsteuer; Steuer-/Handelsbilanz (Art. 62 Abs. 4 DBG)

- **Abweichen der Steuerbilanz von der Handelsbilanz bei der Auflösung von nicht mehr geschäftsmässig begründeten Rückstellungen auf Beteiligungen**

26. März 2009 in Sachen S. AG, 3-BB.2007.2.

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Die S. AG hält verschiedene Beteiligungen, so auch Beteiligungen an der K. AG und der O. GmbH. Mit der Steuererklärung für das Steuerjahr 2004 deklarierte die S. AG einen Reingewinn von CHF 2'217'362.00. In diesem Betrag wurde unter der Rubrik "Der Erfolgsrechnung belastete und nicht begründete Rückstellungen und

Abschreibungen inkl. Wegfall der geschäftsmässigen Begründetheit von Rückstellungen" eine Veränderung von CHF 482'759.00 deklariert. Dabei handelt es sich um Aufwertungen der Beteiligungen an der K. AG von CHF 390'000.00 und der O. GmbH von CHF 92'759.00. In der Handelsbilanz des Geschäftsjahres 2004 wurden die Aufwertungen jedoch nicht verbucht.

2.2.

Die Vorinstanz hat diese Aufwertungen als nicht zulässig erachtet und die Beschwerdeführerin mit einem Reingewinn von CHF 1'734'603.00 veranlagt. Die Beschwerdeführerin beantragt die Veranlagung mit einem Reingewinn von CHF 2'217'362.00 und die Erhöhung der versteuerten stillen Reserven auf den Beteiligungen K. AG und O. GmbH gemäss Deklaration mit der Steuererklärung 2004.

3.

Die Beschwerdeführerin beantragt die Erhöhung des steuerlichen Reingewinnes, was zu einer Erhöhung der direkten Bundessteuer führen müsste. Trotz der Erhöhung des Reingewinnes resultiert daraus keine Erhöhung der direkten Bundessteuer, da der Beteiligungsabzug so oder anders über 100 % liegt. Dennoch ist die Beschwerdeführerin beschwert, da die Festlegung der versteuerten stillen Reserven Einfluss auf einen (zukünftigen) steuerbaren Reingewinn haben kann, falls der Beteiligungsabzug auf unter 100 % sinken sollte. Ein schutzwürdiges Interesse als Voraussetzung der Beschwerdelegitimation ist daher gegeben (vgl. VGE vom 4. März 2004 in Sachen E. AG [BE.2002.00294]). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

(...)

5.2.

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Aufwertung der Beteiligungen mit der damit verbundenen Erhöhung der versteuerten stillen Reserven in der Handelsbilanz für das vom 1. Januar bis 31. Dezember 2004 dauernde Geschäftsjahr nicht verbucht hat. Dazu bestand handelsrechtlich keine Grundlage (insbesondere keine Situation, die die Beschwerdeführerin gemäss Art. 655a, 667 oder 670 OR zu einer Aufwertung hätte veranlassen können). Sie ging

damit davon aus, dass die vorgenommenen Wertberichtigungen noch angemessen und nicht zu korrigieren waren. Die Revisionsstelle beanstandete die Beteiligungswerte aus handelsrechtlicher Sicht nicht. Die zur vorfrageweisen Prüfung verpflichtete Steuerbehörde hat in Bezug auf die Bewertung der Beteiligungen ebenfalls keine Handelsrechtswidrigkeit festgestellt. Damit ist die Beschwerdeführerin an die Handelsbilanz und die dort festgeschriebenen Buchwerte gebunden. Eine Realisation hätte im Rahmen des Realisationsprinzips und der Massgeblichkeit der Handelsbilanz nicht erzwungen werden können.

5.3.

5.3.1.

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob eine steuerrechtliche Vorschrift eine Korrektur der handelsrechtskonformen Beteiligungswerte erforderlich machte.

Die Beschwerdeführerin sieht eine solche steuerliche Korrekturvorschrift in Art. 62 Abs. 4 DBG, wonach nicht mehr begründete Wertberichtigungen sowie Abschreibungen auf den Gesteungskosten von qualifizierten Beteiligungen von mindestens 20 % dem steuerbaren Reingewinn zuzurechnen seien.

5.3.2.

Mit Art. 62 Abs. 4 DBG wird - beim Vorliegen der Voraussetzungen - eine (steuerliche) Zwangsaufwertung statuiert (M. Greter, Der Beteiligungsabzug im harmonisierten Gewinnsteuerrecht, Diss. Zürich 2000, S. 233), auch wenn gegen den Willen der Steuerpflichtigen lediglich Tatbestände korrigiert werden sollten, welche einer Steuerumgehung nahekommen (Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. Auflage, Basel 2008, Art. 62 DBG N 24). Grundsätzlich gelten aber stille Reserven, die sich auf einer abgeschriebenen oder wertberichtigten Beteiligung von mehr als 20 % als Folge eines Wertzuwachses bilden, bis zum Umfang der früheren Abschreibungen bzw. Wertberichtigungen als realisiert.

Bei Art. 62 Abs. 4 DBG handelt es sich damit zweifellos um eine steuerliche Korrekturvorschrift. Art. 62 Abs. 4 DBG stellt gerade einen (systemwidrigen) Einbruch in das Realisationsprinzip und das Massgeblichkeitsprinzip dar. Handelsrechtlich ist im Zwangsauf-

wertungsfall weder ein Gewinn realisiert worden noch eine Buchung vorzunehmen (M. Greter, a.a.O., S. 238 und S. 240; Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, a.a.O., Art. 62 DBG N 30).

5.3.3.

Nach dem Gesagten wurde die Einsprache unter alleinigem Verweis auf das Massgeblichkeitsprinzip und die fehlende Verbuchung in der Handelsbilanz zu Unrecht abgewiesen.

6.

Das KStA hätte in Anwendung von Art. 62 Abs. 4 DBG und in Berücksichtigung der mit Kreisschreiben Nr. 9 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 9. Juli 1998 (Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 auf die Steuerermässigung auf Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Ziff. 2.5.2.) aufgestellten Kriterien die Zulässigkeit und die Angemessenheit der mit der Steuererklärung im Jahr 2004 deklarierten Aufwertungen auf Beteiligungen sowie die Einhaltung des Periodizitätsprinzips prüfen müssen.

Zwar besteht keine Deklarationspflicht der Steuerpflichtigen für vorzunehmende Korrekturen nach Art. 62 Abs. 4 DBG. Wird wie im vorliegenden Fall die fehlende Begründetheit der Abschreibung bzw. einer Wertberichtigung angezeigt, muss die Steuerbehörde eine Überprüfung vornehmen.

Es ist nicht Sache des Steuerrekursgerichtes, erstinstanzlich über die Angemessenheit der Aufwertung und die periodengerechte Zurechnung zu entscheiden. Der angefochtene Einspracheentscheid ist daher aufzuheben und die Angelegenheit zur Neu beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Landwirtschaftliche Rekurskommission

I. Direktzahlungen

- 74 **Voraussetzungen für die Ausrichtung von Direktzahlungen**
- **Trotz der Zuweisung zur Reservatszone gemäss HSD liegt eine "für den Pflanzenbau genutzte Fläche" im Sinne von Art. 14 LBV vor (Erw. II/3).**
 - **Es fehlt ein Nachweis dafür, dass im massgebenden Zeitraum ein zu beachtendes Vertragsverhältnis zwischen der Gemeinde X. und dem Beschwerdeführer hinsichtlich der Nutzung der betroffenen Flächen bestanden hat. Insbesondere ist kein Unterschied in der Bewirtschaftung erkennbar im Vergleich zu anderen gemeindeeigenen Flächen, die im Auftrag des BVU gemäht wurden (Erw. II/4).**
 - **Die Voraussetzungen, um ausnahmsweise trotz fehlendem zivilrechtlichem Nutzungsanspruch einen Anspruch auf Direktzahlungen zu bejahen, sind vorliegend nicht erfüllt (Erw. II/5).**
 - **Da der Beschwerdeführer die Vorinstanz absichtlich dazu veranlasste, die unrechtmässigen Direktzahlungen auszurichten, können entgegen der sogenannten Kürzungs-Richtlinie die Zahlungen von mehr als drei Jahren zurückgefordert werden (Erw. II/7).**
 - **Eine Verjährung gemäss SuG ist nicht eingetreten (Erw. II/8).**

Aus dem Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission vom 28. Oktober 2009 in Sachen S. gegen Departement Finanzen und Ressourcen, Abteilung Landwirtschaft (5-BE.2009.1).

Eine gegen diesen Entscheid eingereichte Beschwerde ist zur Zeit noch beim Bundesgericht hängig.

Aus den Erwägungen

II.

2.

Direktzahlungen erhalten Bewirtschafterinnen und 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.

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz im Kanton Aargau hat und einen Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr führt. Hingegen ist abzuklären, ob die umstrittenen Grundstücke eine "für den Pflanzenbau genutzte Fläche" darstellen (vgl. Erw. II/3) und gegebenenfalls ob sie dem Beschwerdeführer im massgebenden Zeitraum ganzjährig zur Verfügung standen (Erw. II/4 und 5).

3.

3.1.

§ 4 HSD lautet wie folgt:

"Reservatszone

¹Die Reservatszone dient der Erhaltung und Förderung der einheimischen Pflanzen und Tiere, vor allem der gefährdeten Arten.

²Jeder Eingriff ist untersagt. Ausgenommen sind Pflegemassnahmen nach Absatz 3, die Benützung der markierten Fusswege und die Ausübung der ehehaften Freianglerrechte in den Gemeinden Boniswil und Seengen.

³Das Baudepartement sorgt in Zusammenarbeit mit den Gemeinden und interessierten Organisationen für die erforderlichen Pflegemassnahmen und für die Markierung der Fusswege. Für die Bewirtschaftung der Streueflächen in den Reservatszonen können nach den Vorschriften des Dekrets über den Natur- und Land-

schaftsschutz vom 26. Februar 1985 Beiträge ausgerichtet werden."

3.2.

Gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. c LBV gehört zur landwirtschaftlichen Nutzfläche unter anderem die Streuefläche. Ausgenommen von dieser Regelung sind gemäss Art. 14 Abs. 2 LBV Streueflächen, die innerhalb des Sömmerungsgebietes liegen oder zu Sömmerungs- oder Gemeinschaftsweidebetrieben gehören; beide Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Als Streueflächen werden extensiv genutzte Flächen an Nass- und Feuchtstandorten bezeichnet, die alle ein bis drei Jahre geschnitten werden und deren Ertrag nur ausnahmsweise als Futter auf dem Betrieb verwendet wird (Art. 21 LBV).

Nicht als landwirtschaftliche Nutzfläche gelten unter anderem Flächen, deren Hauptzweckbestimmung nicht die landwirtschaftliche Nutzung ist (Art. 16 Abs. 1 lit. a LBV), das heisst wenn diese stark eingeschränkt ist (Art. 16 Abs. 2 lit. a LBV), der wirtschaftliche Ertrag aus der landwirtschaftlichen Nutzung kleiner ist als jener aus der nichtlandwirtschaftlichen Nutzung (Art. 16 Abs. 2 lit. b LBV) oder der Pflegecharakter überwiegt (Art. 16 Abs. 2 lit. c LBV).

3.3.

Damit für Streueflächen Direktzahlungen ausbezahlt werden, sind besondere Vorschriften und Auflagen zu erfüllen: Es dürfen keine Dünger und Pflanzenschutzmittel ausgebracht werden (Art. 47 Abs. 1 DZV), die Flächen dürfen nicht vor dem 1. September geschnitten werden (Art. 47 Abs. 2 DZV) und für die Flächen, für die eine schriftliche Nutzungs- oder Schutzvereinbarung mit der kantonalen Fachstelle für Naturschutz besteht, gelten die darin festgelegten Nutzungszeitpunkte (Art. 47 Abs. 3 DZV).

Im Vergleich zu den zitierten Bestimmungen enthält § 4 HSD keine nennenswerte zusätzliche Einschränkung der landwirtschaftlichen Nutzung; Art. 16 Abs. 1 lit. a - c DZV sind nicht erfüllt. Insgesamt ergibt sich daher, dass trotz der Zuweisung zur Reservatszone gemäss Hallwilerseeschutzdekret die umstrittenen Grundstücke als "für den Pflanzenbau genutzte Fläche" im Sinne von Art. 14 LBV zu behandeln sind.

4.

4.1.

4.1.1.

Die betroffenen Grundstücke stehen im Eigentum der Gemeinde X. Der Beschwerdeführer lässt ausführen, die Parzellen seien ursprünglich verpachtet worden. Da sich aber keine zahlenden Pächter mehr hätten finden lassen, sei ihm 1982 angeboten worden, "die Streueflächen unentgeltlich zu nutzen." Seither würden die Grundstücke durch ihn bewirtschaftet. Es liege eine mündliche Vereinbarung vor, welche als Gebrauchsleihe im Sinne von Art. 305 ff. OR zu qualifizieren sei.

4.1.2.

Der Beschwerdeführer leitet aus dem behaupteten Vertragsverhältnis mit der Gemeinde X. Rechte ab. Folglich trägt er die materielle Beweislast für das Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung; kann sie nicht nachgewiesen werden, ist zu seinen Ungunsten vom Fehlen einer vertraglichen Abrede auszugehen (vgl. Art. 8 ZGB; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1623 mit Hinweisen).

4.1.3.

Es ist unbestritten, dass keinerlei schriftliche Beweismittel existieren, welche das behauptete Vertragsverhältnis zwischen der Gemeinde X. und dem Beschwerdeführer belegen würden. Anlässlich der Verhandlung vor der Landwirtschaftlichen Rekurskommission erklärte der als Zeuge befragte Gemeindegemeinschreiber, es seien nie "formelle Verträge" zwischen der Gemeinde und den Landwirten im "Ried" abgeschlossen worden. Die Gemeinde habe das Land immer nur von Jahr zu Jahr vergeben. Die Gemeinde sei froh gewesen, als der Kanton die Verantwortung für Pflege und Unterhalt übernommen habe. Nachdem das Hallwilerseeschutzdekret in Kraft getreten sei, habe die Gemeinde gar nichts mehr gemacht.

4.1.4.

Für die Landwirtschaftliche Rekurskommission besteht kein Anlass, die obigen Aussagen in Zweifel zu ziehen, zumal ihnen anlässlich der Verhandlung in keiner Art und Weise widersprochen wurde. Entsprechend kann auf die Anhörung des eventualiter als

Zeugen angerufenen ehemaligen Gemeindeammanns verzichtet werden. Dies gilt umso mehr, als er im vorliegend massgebenden Zeitraum (1998 - 2006) gar nicht mehr im Amt war.

4.2.

4.2.1.

Der Beschwerdeführer differenziert zwischen den Flächen, die er "selbständig bewirtschaftete", den Flächen, auf denen er "Mäharbeiten im Auftrag der Gemeinde X. und später im Auftrag der BVU" erledigte, und den "restlichen Flächen im Ried", die "im Auftragsverhältnis von verschiedenen Personen geschnitten" wurden.

4.2.2.

Ab circa 1986 übernahm der Kanton die Verantwortung für die Pflege und den Unterhalt im "Ried". Aufgrund der Akten sowie aufgrund der Aussagen anlässlich der Verhandlung vor der Landwirtschaftlichen Rekurskommission ist erstellt, dass ab diesem Zeitpunkt der zuständige Vertreter der Abteilung Landschaft und Gewässer den Beschwerdeführer alljährlich benachrichtigte, ab welchem Zeitpunkt er welche Flächen mähen durfte. Die Brachen, das heisst die nicht zu mähenden Flächen, wurden zusätzlich mit Pflöcken abgesteckt. Zur Festsetzung der Pflegebeiträge wurde Ende Jahr jeweils ausgemessen, wie gross die gemähte Fläche war.

Ab 1986 galt somit für sämtliche gemeindeeigenen Flächen im "Ried" dasselbe Regime: Die Abteilung Landschaft und Gewässer definierte, wann welche Flächen gemäht werden mussten, und die betroffenen Landwirte wurden pro gemähte Flächeneinheit entschädigt. Dies gilt gänzlich unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer die Pflege bereits vor 1986 oder erst später übernommen hatte bzw. ob die Flächen vom Beschwerdeführer oder von Dritten gepflegt wurden.

Die vom Beschwerdeführer gemachte Differenzierung zwischen den von ihm "bewirtschafteten" und den (durch ihn oder durch Dritte) im Auftrag der Abteilung Landschaft und Gewässer gepflegten Flächen entbehrt dementsprechend jeglicher Grundlage. Bezeichnenderweise vermag er in keiner Art und Weise darzutun, worin die inhaltlichen Differenzen zwischen der angeblichen "Bewirtschaftung" und der blossen Pflege bestanden hätten. Unterschiede

sind umso weniger erkennbar, als gemäss § 4 HSD die Nutzung innerhalb der Reservatszone ohnehin stark eingeschränkt ist.

4.2.3.

Der Beschwerdeführer lässt einwenden, er habe "stets das wirtschaftliche Risiko für die fraglichen Streueflächen und deren Bewirtschaftung" getragen, insbesondere "hinsichtlich der von ihm bei der Bewirtschaftung benutzten Maschinen und der bei der Bewirtschaftung verursachten Schäden an seinen Fahrzeugen". Diese Argumentation ist nicht stichhaltig, im Gegenteil: Sowohl der Beauftragte beim Auftrag als auch der Unternehmer beim Werkvertrag tragen ein entsprechendes Risiko. Beim Auftrag gehören die Auslagen für Maschinen zu den Generalunkosten, welche der Beauftragte zu tragen hat und die über das Entgelt zu entschädigen sind (Rolf H. Weber in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 402 N 5); für den Werkvertrag regelt Art. 364 Abs. 3 OR ausdrücklich, dass in Ermangelung anderweitiger Verabredung oder Übung der Unternehmer "für die zur Ausführung des Werkes nötigen Hilfsmittel, Werkzeuge und Gerätschaften auf seine Kosten zu sorgen" hat. Es ist nicht erkennbar und wird vom Beschwerdeführer in keiner Art und Weise dargetan, inwiefern er im Vergleich zu den anderen Landwirten, welche (gestützt auf einen Auftrag oder Werkvertrag mit der Abteilung Landschaft und Gewässer) auf den gemeindeeigenen Flächen im "Ried" Pflegearbeiten ausführten, ein erhöhtes Risiko getragen hätte. Folgerichtig lässt sich nach Massgabe des Risikos auch nicht auf unterschiedliche Nutzungsbefugnisse schliessen.

Ebenso unbehelflich ist der Einwand des Beschwerdeführers, er sei in einem Plan der Abteilung Landschaft und Gewässer als "Bewirtschafter" bezeichnet worden. Anlässlich der Verhandlung wurde glaubhaft dargelegt, dass der Begriff "Bewirtschafter" nicht streng im Sinne von Art. 2 LBV verwendet wurde. Dies erscheint umso naheliegender, als die Abteilung Landschaft und Gewässer, welche den Plan ausfüllte, selber gar nicht mit der Anwendung dieser Verordnung betraut ist.

4.2.4.

Somit ergibt sich auch aufgrund der konkreten Nutzung keinerlei Hinweis darauf, dass in Bezug auf die betroffenen Flächen im vorliegend relevanten Zeitraum eine spezielle Vereinbarung zwischen der Gemeinde X. und dem Beschwerdeführer vorgelegen hätte. Es erübrigt sich, in diesem Zusammenhang weitere Zeugen anzuhören: Nachdem der Beschwerdeführer nicht einmal selber darzulegen vermag, wodurch sich seine angeblich "selbständige Bewirtschaftung" von der übrigen, durch die Abteilung Landschaft und Gewässer definierte landwirtschaftlichen Nutzung im "Ried" unterschied, kann diesbezüglich von Dritten erst recht keine relevante Aussage erwartet werden.

(...)

4.3.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass spätestens ab der Übernahme der Pflegeverantwortung durch den Kanton und insbesondere während des vorliegend relevanten Zeitraums (1998 - 2006) kein in concreto zu beachtendes Vertragsverhältnis zwischen der Gemeinde X. und dem Beschwerdeführer bestand. Ein Beweis für die gegenteiligen Behauptungen des Beschwerdeführers liegt jedenfalls nicht vor. Ergänzend gilt es festzuhalten, dass in Bezug auf die Gemeinde X. nicht das geringste Interesse an einer entsprechenden Vereinbarung erkennbar wäre.

5.

5.1.

Gemäss der Rechtsprechung der Landwirtschaftlichen Rekurskommission besteht selbst dann ein Anspruch auf Direktzahlungen, wenn der Betroffene eine Fläche ohne entsprechenden zivilrechtlichen Anspruch ganzjährig bewirtschaftet und kein Rechtsmissbrauch vorliegt (vgl. AGVE 2008, S.355, Erw. II/3). Dem zitierten Entscheid lag ein Fall zugrunde, in welchem die privatrechtlichen Verhältnisse unklar waren und die betroffene Beschwerdeführerin gutgläubig von einem Verfügungsrecht ausging. Der von der Vorinstanz mehrfach zitierte BGE 134 II 287 ff. betraf einen diesbezüglich gegenteiligen Sachverhalt. Insofern lassen sich die Entscheide nicht direkt vergleichen. Das Bundesgericht, welches einen Direkt-

zahlungsanspruch des faktischen Bewirtschafters verneinte, betonte in seinem Entscheid denn auch ausdrücklich, dass dieser sich nur auf Fälle mit privatrechtlich geklärten Verhältnissen beziehe (vgl. insbesondere Erw. 4.1).

5.2.

Unabhängig vom fehlenden zivilrechtlichen Nutzungsanspruch fällt in concreto ein Direktzahlungsanspruch bereits deshalb ausser Betracht, weil der Beschwerdeführer diese Flächen gar nicht selbstständig bewirtschaftete bzw. weil sie ihm gar nicht ganzjährig zur Verfügung standen. Vielmehr war seine Tätigkeit auf die in der Regel einmal pro Jahr von der Abteilung Landschaft und Gewässer angeordneten (und entschädigten) Pflegemassnahmen (Mähen und Abführen) beschränkt. Es kann in diesem Zusammenhang vollumfänglich auf die vorstehenden Erwägungen (insbesondere Erw. II/4.2) verwiesen werden.

Im Weiteren gilt es festzuhalten, dass der Beschwerdeführer offensichtlich rechtsmissbräuchlich handelte. Dies ergibt sich daraus, dass er bereits 1997 zur Rückerstattung von Doppelzahlungen verpflichtet werden musste und dennoch wider besseres Wissen ab 1998 wieder sowohl die Pflegebeiträge der Abteilung Landschaft und Gewässer als auch Direktzahlungen bzw. Öko-Beiträge geltend machte (vgl. ausführlich Erw. II/7.5 hiernach).

5.3.

Somit ergibt sich, dass seitens des Beschwerdeführers keine selbständige Bewirtschaftung der umstrittenen Flächen erfolgte, und zwar weder gestützt auf eine entsprechende zivilrechtliche Nutzungsbefugnis (Regelfall) noch rein faktisch (Ausnahmefall). Dementsprechend besass er keinen Anspruch auf Direktzahlungen; vielmehr sind ihm diese zu Unrecht ausbezahlt worden. Dies gilt sowohl nach Massgabe der Direktzahlungsverordnung (in Kraft seit 1. Januar 1999) als auch nach Massgabe der Verordnung über Beiträge für besondere Leistungen im Bereiche der Ökologie und der Nutztierhaltung in der Landwirtschaft vom 24. Januar 1996 (Öko-Beitragsverordnung, OeBV, in Kraft vom 1. Januar 1996 bis 31. Dezember 1998).

6.

(...)

7.

7.1.

Aufgrund der obigen Ausführungen (Erw. II/2 - 5) ergibt sich, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der jährlichen Flächendeklaration falsche Angaben gemacht hat. Er hätte die betroffenen Streueflächen nicht für Direktzahlungen anmelden dürfen.

7.2.

Das Landwirtschaftsgesetz sowie die Direktzahlungsverordnung enthalten keine Aussage dazu, nach welchen Gesichtspunkten bei falschen Angaben die Beiträge zu kürzen oder allenfalls zu verweigern sind. Die von der Landwirtschaftsdirektorenkonferenz am 27. Januar 2005 verabschiedete "Richtlinie zur Kürzung der Direktzahlungen" (Direktzahlungs-Kürzungsrichtlinie) sieht vor, dass eine Kürzung der Direktzahlungen auf die tatsächlichen Verhältnisse erfolgt (A. Ziffer 1 Abs. 1 lit. a). Zudem können zu viel ausgerichtete Direktzahlungen von maximal drei Jahren zurückgefordert werden (A. Ziffer 1 Abs. 3).

7.3.

Die Vorinstanz fordert entgegen den Vorgaben der Kürzungsrichtlinie die Direktzahlungen nicht nur der letzten maximal drei, sondern der letzten acht Jahre zurück. Sie stützt sich in diesem Punkt auf das Landwirtschafts- und das Subventionsgesetz, wonach eine Rückforderung während zehn Jahren möglich sei. Im Weiteren wird darauf hingewiesen, "dass in den mit Beschluss der Landwirtschaftsdirektorenkonferenz vom 12. Sept. 2008 geänderten Richtlinien, die mit Änderung der Direktzahlungsverordnung vom 12. Nov. 2008 Verbindlichkeit erlangt (Art. 70 DZV), auf diese Begrenzung der Rückforderung mit Verweis auf das Subventionsgesetz verzichtet wird".

7.4.

Die Rückforderung von ausbezahlten Finanzhilfen und Abgeltungen steht stets in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauens-

schutz andererseits. Das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts spricht für die Möglichkeit des Widerrufs einer fehlerhaften Verfügung; die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz, die beide auch den Interessen der Betroffenen dienen, sprechen gegen einen Widerruf (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 997 f.; vgl. auch Botschaft vom 15. Dezember 1986 zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, BBl 1987 Band I S. 414 f.). Im Rahmen dieses Spannungsfeldes und unter Berücksichtigung der Charakteristika der Direktzahlungen sieht die Direktzahlungs-Kürzungsrichtlinie bei falschen Angaben eine Rückforderung von "maximal drei Jahren" vor. Gemäss der Praxis der Landwirtschaftlichen Rekurskommission lässt sich diese Beschränkung im Rahmen der zulässigen richterlichen Überprüfung nicht grundsätzlich beanstanden; sie erscheint jedoch dort fragwürdig, wo jemand absichtlich falsche Angaben macht (vgl. LKE vom 31. März 2009 in Sachen U.V., Erw. II/9.3; LKE vom 15. September 2008 in Sachen R.B., Erw. II/4.3.3.).

Offensichtlich unerheblich ist im vorliegenden Zusammenhang die 2008 beschlossene Änderung der Kürzungsrichtlinie; eine Rückwirkung auf den vorliegend zur Diskussion stehenden Zeitraum ist a priori ausgeschlossen.

7.5.

Für die im vorliegenden Verfahren zur Diskussion stehenden Flächen wurden bereits 1995 und 1996 sowohl Öko-Beiträge (durch die Vorinstanz) als auch Beiträge für die geleisteten Pflegemassnahmen (durch die Abteilung Landschaft und Gewässer) ausgerichtet. Mit Verfügung vom 6. Februar 1998 wurden die Öko-Beiträge zurückgefordert mit der Begründung, es handle sich dabei um unzulässige Doppelzahlungen. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft; der in Rechnung gestellte Betrag wurde zurückbezahlt.

Bereits für das Jahr 1998 meldete der Beschwerdeführer, obwohl ihm weiterhin Beiträge für die geleisteten Pflegemassnahmen ausgerichtet wurden, die betroffenen Flächen wiederum für Öko-Beiträge (bzw. in den Folgejahren für Direktzahlungen) an. In Anbetracht der Verfügung vom 6. Februar 1998 erfolgte dieses Vorgehen

offensichtlich wider besseres Wissen. Folglich muss darauf geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer mit der Absicht handelte, die Vorinstanz zu unzulässigen Doppelzahlungen zu veranlassen.

Unbeachtlich ist der Einwand, der Beschwerdeführer habe die umstrittenen Flächen angeben müssen, da andernfalls die Nährstoffbilanz unvollständig ausgefallen wäre. Effektiv hätte er auf den massgebenden Formularen die Streue als "Import" (das heisst als Zufuhr von nicht auf dem Hof erzeugten Produkten) behandeln können. Falls der Beschwerdeführer diesbezüglich tatsächlich nicht weiter wusste, hätte er ohne weiteres die Vorinstanz oder eine andere Fachstelle um Rat fragen können. Unbehelflich ist auch die Argumentation, dass das Recht geändert habe und das neue Recht falsch verstanden worden sei: Es ist aufgrund des Zeitablaufs schlechterdings nicht nachvollziehbar, wieso die Direktzahlungsverordnung, welche am 7. Dezember 1998 beschlossen wurde und per 1. Januar 1999 in Kraft trat, den Beschwerdeführer zur Anmeldung per 1. Januar 1998 veranlasst haben soll. (...)

Im Übrigen musste der Beschwerdeführer erkennen, dass seinerseits nur noch die von der Abteilung Landschaft und Gewässer angeordneten (und entschädigten) Pflegemassnahmen durchgeführt wurden und keine weitergehende Bewirtschaftung erfolgte (bzw. erfolgen durfte). Auch aus diesem Grund musste ihm klar sein, dass ihm - analog zum früheren Recht - keine Direktzahlungen zustanden.

7.6.

Insgesamt ergibt sich, dass das Vorliegen einer Absicht zu bejahen ist. Es drängt sich daher auf, entgegen dem durch die Kürzungsrichtlinie vorgegebenen Rahmen die Rückzahlung nicht auf bloss drei Jahre zu beschränken. Vielmehr rechtfertigt es sich, den vom Subventionsgesetz vorgegebene Rahmen von maximal 10 Jahren vollständig auszuschöpfen. Im vorliegenden Fall erweist sich somit - wie von der Vorinstanz angeordnet - die Rückforderung der gesamten während acht Jahren ausbezahlten Direktzahlungen bzw. Öko-Beiträgen als angezeigt.

Der Vollständigkeit halber gilt es darauf hinzuweisen, dass ein Verzicht auf den Widerruf gestützt auf Art. 30 Abs. 2 SuG ausser Betracht fällt, da - wie gesehen - eine Absicht vorlag und es folglich

an der Voraussetzung von Art. 30 Abs. 2 lit. b SuG (Rechtsverletzung war nicht leicht erkennbar) fehlt. Auch ein Anspruch auf Kürzung wegen Vorliegens eines Härtefalls nach Art. 28 Abs. 3 SuG ist zu verneinen. Zum einen liegt der entsprechend Entscheid weitgehend im Ermessensspielraum der Vorinstanz, zum andern sprechen sowohl die Absicht des Beschwerdeführers als auch die Möglichkeit der ratenweisen Rückzahlung gegen das Vorliegen eines Härtefalls.

8.

8.1.

Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, eine Rückforderung sei gemäss dem Subventionsgesetz verjährt. Die Vorinstanz habe seit 1998 Kenntnis von den Zahlungen der Abteilung Landschaft und Gewässer gehabt. Falls die Argumentation, es handle sich um unzulässige Doppelzahlungen, tatsächlich zutreffen würde, hätten in den Folgejahren keine Direktzahlungen mehr ausgerichtet werden dürfen. Die relative Verjährungsfrist von einem Jahr sei in jedem Fall abgelaufen; die Rückforderung erweise sich geradezu als rechtsmissbräuchlich.

Im Weiteren habe die Vorinstanz am 8. November 2006 von der Abteilung Landschaft und Gewässer die (erneute) Mitteilung erhalten, dass dem Beschwerdeführer von 1998 - 2005 jährlich eine Entschädigung für die geleisteten Pflegemassnahmen ausbezahlt worden war. Erst über ein Jahr später, am 27. November 2007, habe die Vorinstanz erstmals gegenüber dem Beschwerdeführer eine Rückforderung geltend gemacht. Eine weitergehende Forderung sei am 20. Februar 2008 gestellt worden; den nunmehr zurückgeforderten Betrag habe die Vorinstanz erstmals am 21. Mai 2008 genannt. Auch aus diesen Gründen sei in concreto die relative Verjährungsfrist von einem Jahr überschritten.

8.2.

Der Anspruch auf Rückerstattung von Finanzhilfen und Abgeltungen verjährt gemäss Art. 32 Abs. 2 SuG ein Jahr, nachdem die verfügende oder den Vertrag abschliessende Behörde vom Rechtsgrund des Anspruchs Kenntnis erhalten hat, in jedem Falle aber zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs. Diese Regelung entspricht derjenigen des Privatrechts für Ansprüche aus ungerechtfertigter

Bereicherung (Art. 67 OR). Es erscheint daher naheliegend, zwecks Beantwortung der Frage, wann die einjährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt bzw. was unter Kenntnis im Sinne von Art. 32 SuG zu verstehen ist, Lehre und Rechtsprechung zu Art. 67 OR analog heranzuziehen, der ebenfalls die Kenntnis des Anspruchs für den Beginn der relativen Verjährungsfrist von einem Jahr als massgebend erklärt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1570/2007 vom 23. Januar 2008 in Sachen A. AG, Erw. 13).

Eine fristauslösende Kenntnisnahme liegt demzufolge vor, wenn der Gläubiger über hinreichende Informationen bezüglich des Sachverhalts und über entsprechende Unterlagen zur Geltendmachung verfügt. Es genügt somit nicht jeder Anfang einer Erkenntnis vom Mangel der Gültigkeit des Geschäfts, das zur ungerichtfertigten Bereicherung Anlass gab. Es ist vielmehr eine derartige Wahrscheinlichkeit, ein solcher Grad von Gewissheit über das Bestehen des Bereicherungsanspruchs notwendig, dass nach Treu und Glauben gesagt werden kann, der Gläubiger habe nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und genügend Unterlagen zur gerichtlichen Geltendmachung, so dass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Gewissheit über den Bereicherungs- bzw. Rückforderungsanspruch setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Vermögenseinbusse, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1570/2007 vom 23. Januar 2008 in Sachen A. AG, Erw. 13.1 mit Hinweisen). Es kommt indessen nicht darauf an, wann der Geschädigte bei der nach den Umständen zu erwartenden Aufmerksamkeit den Bereicherungsanspruch hätte erkennen können, sondern es wird auf die tatsächlichen Kenntnisse über den Anspruch abgestellt. Immerhin wird verlangt, dass der Gläubiger, der die wesentlichen Elemente seines Anspruchs kennt, sich nach den Einzelheiten und genauen Angaben erkundigt, deren er für die Prozessführung bedarf (BGE 129 III 503, Erw. 3.4).

8.3.

Gestützt auf die Mitteilung vom 2. Mai 1997 wusste die Vorinstanz, dass die Abteilung Landschaft und Gewässer dem Beschwer-

deführer 1995 und 1996 für Pflegemassnahmen Beiträge ausgerichtet hat. Damit hatte sie jedoch noch keine Kenntnis darüber, dass auch in den Folgejahren entsprechende Zahlungen geleistet wurden. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers ergibt sich somit, dass zumindest bis zur Mitteilung der Abteilung Landschaft und Gewässer vom 8. November 2006 nie eine relative Verjährungsfrist zu laufen begann.

Die Frage, ob die Vorinstanz aufgrund der Erfahrungen bezüglich der Jahre 1995 und 1996 in den Folgejahren spezifische Prüfungen hätte vornehmen müssen, erübrigt sich; wie gesehen (Erw. II/8.2) ist auf den tatsächlichen Kenntnisstand abzustellen. Im Übrigen ist dem Beschwerdeführer und dessen Argumentation entgegenzuhalten, dass er aufgrund der zurückgeforderten Ökobeiträge für die Jahre 1995 und 1996 selber am besten darum wissen musste, dass es unrechtmässig war, für die Folgejahre wiederum Ökobeiträge bzw. Direktzahlungen zu beanspruchen.

8.4.

Offenbar per Zufall realisierte 2006 die Abteilung Landschaft und Gewässer, dass für einzelne Flächen im "Ried" nebst Pflegebeiträgen auch Direktzahlungen ausgerichtet wurden. Die Abteilung Landschaft und Gewässer markierte die Flächen auf einem Plan und stellte diesen mit Schreiben vom 8. November 2006 der Vorinstanz zu. Gleichzeitig wurde beantragt, die Landwirte, welche nebst den Pflegebeiträgen auch Direktzahlungen ausbezahlt erhielten, zu eruieren und anschliessend sowohl die allgemeinen Direktzahlungen sowie die Öko-Beiträge zurückzufordern.

In ihrem Schreiben an den Beschwerdeführer vom 30. November 2006 führte die Vorinstanz aus, auf dem Flächenformular 2006 sei unter anderem folgende Fläche deklariert worden:

GB-Nr.	Zone	Parzelle	Code	Kultur	Fläche	Beginn
X	21	Y	0851	Streue	300	1995

Im Weiteren wurde ausgeführt, offenbar seien für dieselben Flächen separate Entschädigungen für Pflegemassnahmen ausbezahlt worden. Eine Deklaration als Ökofläche und landwirtschaftliche

Nutzfläche sei daher nicht gerechtfertigt. Bis zur Schlusszahlung der Direktzahlungen könnten die offenen Fragen nicht mehr bereinigt werden. Für die genannten Flächen würden einstweilen keine Direktzahlungen ausgelöst. Je nach Resultat der Abklärungen werde im Jahre 2007 eine Nachzahlung vorgenommen oder eine Rückforderung der ausbezahlten Beiträge eingeleitet; vorbehalten bleibe eine allfällige Sanktion.

Die Darstellung des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe mit dem Schreiben der Abteilung Landschaft und Gewässer vom 8. November 2006 hinreichende Kenntnisse über die Doppelzahlungen bekommen, ist in keiner Art und Weise belegt. Im Gegenteil: Aus dem besagten Schreiben lassen sich weder der Name des Beschwerdeführers noch die exakte Grösse der betroffenen Fläche noch die Dauer der Doppelzahlungen ablesen. Folglich waren seitens der Vorinstanz zusätzliche Abklärungen nötig. Aufgrund der nachvollziehbaren Ausführungen des Vertreters der Vorinstanz ergibt sich zudem, dass die Informationen nicht ohne weiteres eruierbar waren.

8.5.

In ihrem Schreiben vom 26. November 2007 gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer in den Jahren 2000 - 2005 für eine Fläche von 300 a zu Unrecht Direktzahlungen gewährt worden seien und er daher den Betrag von insgesamt Fr. 48'600.-- zurückerstatten müsse. Entsprechend den obigen Darlegungen besteht kein Anlass zur Annahme, die Vorinstanz habe zum damaligen Zeitpunkt bereits seit über einem Jahr hinreichende Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Vermögenseinbusse gehabt. Tatsächlich wurde sie sich erst später, nämlich im Zusammenhang mit der Besprechung mit dem Beschwerdeführer und dessen Rechtsvertreterin vom 20. Februar 2008, erstmals des gesamten Ausmasses der Doppelzahlungen bewusst, ergab sich doch nunmehr, dass zusätzlich auch die Jahre 1998 und 1999 sowie eine weitere Fläche von 40 a betroffen waren. Demzufolge ist ausgeschlossen, dass die gesamte Rückforderung von Fr. 68'340.-- bzw. Teile hiervon je verjährt wären.

II. Güterregulierung

- 75 Die Begründung einer Dienstbarkeit darf im Rahmen einer Güterregulierung nur mit grösster Zurückhaltung angeordnet werden
- Kein genügendes öffentliches Interesse an der Begründung eines Fuss- und Wegrechts, wenn ohnehin eine vollständige parzelleninterne Erschliessung gewährleistet ist (Erw. II/3.2).
 - Erschliessung einer Parzelle allenfalls über Gebiete ausserhalb des Perimeters, wenn perimeter-übergreifende Überlegungen zur Auscheidung der Parzelle geführt haben (Erw. II/3.3).

Aus dem Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission vom 23. Juni 2009 in Sachen X. gegen Bodenverbesserungsgenossenschaft Y. (5-GR.2008.1).

Aus den Erwägungen

II.

1.

Umstritten ist vorliegend, ob zu Lasten der Parzelle Nr. 1 ein Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten der Parzellen Nrn. 2.1 und 3 zu errichten ist.

2.

(Zusammenfassung der Rechtsprechung bzgl. Begründung von Dienstbarkeiten bei Güterregulierungen; vgl. AGVE 2004 S. 325 ff., Erw. 3.2.)

3.

3.1.

Es rechtfertigt sich, die umstrittene Dienstbarkeit je separat in Bezug auf die Parzelle Nr. 3 (Erw. II/3.2) sowie die Parzelle Nr. 2.1 (Erw. II/3.3) zu beurteilen.

3.2.

3.2.1.

Die Parzelle Nr. 3 grenzt im Südwesten auf ihrer gesamten Länge von über 60 m an die F.-Strasse. Unabhängig von den bestehenden Bauten und Bäumen - welche offenbar zum Teil erst nach erfolgter Neuzuteilung gepflanzt wurden - ist von der F.-Strasse aus eine vollständige parzelleninterne Erschliessung möglich. Das umstrittene Wegrecht ist insofern nicht zwingend. Es ist aber offensichtlich, dass es die Erschliessung des nordöstlichen Parzellenteils optimieren und insofern das Grundstück in einem gewissen Masse aufwerten würde.

3.2.2.

Es wurde bereits hinlänglich dargestellt, dass im Rahmen der Güterregulierung neue Dienstbarkeiten nur zurückhaltend zu begründen sind und hierfür ein erhebliches öffentliches Interesse notwendig ist (vgl. Erw. 2). Ein derartiges Interesse ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar. Die erwähnte Optimierung der Erschliessungssituation ist primär ein privates Anliegen der Eigentümer der begünstigten Parzelle Nr. 3; ein nennenswertes oder gar erhebliches Interesse der Öffentlichkeit ist nicht ersichtlich und wird bezeichnenderweise von den betroffenen Grundeigentümern auch nicht behauptet. In diesem Zusammenhang ist von zentraler Bedeutung, dass eine rationelle Bewirtschaftung des gesamten Grundstücks auch ohne das umstrittene Wegrecht möglich ist. Entsprechend ist die Aufwertung, welche die Parzelle Nr. 3 durch das Wegrecht erfahren würde, bescheiden. Dies gilt umso mehr, als die Zufahrt über den umstrittenen Weg zum nordöstlichen Grundstücksteil nicht kürzer ist als eine parzelleninterne Erschliessung. Schliesslich sind die mit dem Wegrecht verbundenen Nachteile für die belastete Parzelle Nr. 1 des Beschwerdeführers (insbesondere: eingeschränkte Möglichkeit der Einzäunung) nicht von der Hand zu weisen.

3.2.3.

Somit ergibt sich, dass das Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten der Parzelle Nr. 3 aufgehoben werden muss.

3.3.

3.3.1.

Die Parzelle Nr. 2.1 ist rund 4 Aren gross und damit für sich allein einer rationellen landwirtschaftlichen Nutzung kaum zugänglich. Tatsächlich dient sie heute als Ziergarten für die Liegenschaft auf der direkt angrenzenden Parzelle Nr. 2.2 (ausserhalb Perimeter). Diese Parzelle befindet sich offenbar im Alleineigentum von U.W., die Parzelle Nr. 2.1 gehört dem Ehepaar W. gemeinsam.

3.3.2.

Die Landwirtschaftliche Rekurskommission ist nicht zuständig, im vorliegenden Verfahren die (rechtskräftige) Neuzuteilung zu überprüfen. Es ist indessen augenfällig, dass sich die Ausscheidung einer derart kleinen Parzelle grundsätzlich nicht mit den Zielsetzungen einer Güterregulierung vereinbaren lässt. Eine Rechtfertigung kann höchstens darin gesehen werden, dass offensichtlich versucht wurde, der Liegenschaft auf der Parzelle Nr. 2.2 einen angemessenen Umschwung zu ermöglichen. Daraus erhellt, dass die Existenz der Parzelle Nr. 2.1 aufs Engste mit derjenigen der (ausserhalb des Perimeters gelegenen) Parzelle Nr. 2.2 verknüpft ist. Dies ergibt sich auch aufgrund der bestehenden Eigentumsverhältnisse sowie der tatsächlichen Nutzung (vgl. Erw. II/3.3.1).

Aufgrund des erwähnten engen Zusammenhangs drängt es sich förmlich auf, die Parzelle Nr. 2.1 über die Parzelle Nr. 2.2 zu erschliessen. Demgegenüber erscheint es geradezu willkürlich, dass einerseits perimeter-übergreifende Aspekte zur Ausscheidung der Parzelle Nr. 2.1 führten und dass andererseits argumentiert wird, die Erschliessung der Parzelle Nr. 2.1 müsse innerhalb des Perimeters sichergestellt werden. Selbstverständlich ist der Landwirtschaftlichen Rekurskommission bewusst, dass im Rahmen der Güterregulierung eine Handhabe fehlt, um zwangsweise ein Wegrecht zu Lasten der (ausserhalb des Perimeters gelegenen) Parzelle Nr. 2.2 zu begründen. Dies bedeutet jedoch nichts anderes, als dass das Wegrecht auf eine andere Art und Weise, das heisst konkret mittels einvernehmlicher Lösung mit dem Eigentümer der Parzelle Nr. 2.2, begründet werden muss. Dessen bisheriges Verhalten, die Parzelle Nr. 2.1 als Ziergarten seiner Liegenschaft auf der Parzelle Nr. 2.2 zu nutzen und gleich-

zeitig eine Erschliessung über eine Drittparzelle zu fordern, erscheint überaus fragwürdig. Falls eine einvernehmliche Lösung wider Erwarten nicht gelingen sollte, muss in Bezug auf die Parzelle Nr. 2.1 auf die Neuzuteilung zurückgekommen und die Fläche - nunmehr nach eigentlichen güterregulierungsrechtlichen Gesichtspunkten – anders zugeteilt werden. Für die hoheitliche Anordnung eines Wegrechts zu Gunsten der Parzelle Nr. 2.1 und zu Lasten einer Drittparzelle fehlt es jedenfalls am Kriterium des erheblichen öffentlichen Interessens.

3.3.3.

Demzufolge ist das umstrittene Wegrecht auch in Bezug auf die Parzelle Nr. 2.1 aufzuheben. In diesem Zusammenhang ist das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie ist gehalten, im Sinne der vorstehenden Erwägungen eine hinreichende Erschliessung der Parzelle Nr. 2.1 sicherzustellen oder andernfalls in diesem Bereich auf die Neuzuteilung zurückzukommen.

Schätzungskommission nach Baugesetz

I. Erschliessungsabgaben

76 Benützungsgebühren

- **Ist der Hauptbeweis der Wasserlieferung erbracht, besteht für den Bezüger eine kausalhaftungsähnliche Situation, von der er sich durch den Gegenbeweis befreien kann (erforderliches Beweismass).**

Aus einem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 15. Dezember 2009 in Sachen A.L. gegen Einwohnergemeinde O.

Aus den Erwägungen

3.5.

Aus den beiden von der Beschwerdegegnerin bei der Herstellerfirma A. AG einerseits und bei der G. AG andererseits eingeholten Prüfungszertifikaten geht hervor, dass die Wasseruhr im betreffenden Zeitpunkt einwandfrei funktioniert hat. Die Prüfung hat ergeben, dass die Messgenauigkeit des Zählers innerhalb der zulässigen Verkehrsfehlergrenze liegt. Aus diesen Prüfungsergebnissen kann geschlossen werden, dass nicht eine defekte Wasseruhr zum erheblich erhöhten Wasserbezug geführt hat. Die Beschwerdegegnerin, die ihren Anspruch aus dem Zählerstand der Wasseruhr ableitet, hat somit den ihr auferlegten Hauptbeweis erbracht.

3.6.

Der Einwand des Beschwerdeführers, ein solcher Prüfungsbericht sei bei einem Rechtsstreit nicht verwertbar, wird in der Beschwerde vom 17. Juli 2009 nicht weiter begründet. (...)

3.7.

Vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die von unabhängigen Dritten vorgenommenen Prüfungen in Zweifel zu ziehen sind. Könnten solche Prüfungsberichte im Verfahren grundsätzlich nicht verwendet werden, wäre eine Überprüfung der Funktionsfähig-

keit der Wasseruhr gar nicht möglich. Auch die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Argumentation, mit dem Prüfungsbericht sei lediglich bewiesen, dass die Wasseruhr auf dem Prüfstand einwandfrei funktioniert habe, jedoch nicht, dass sie auch vor Ort und Stelle korrekt gelaufen sei, wird nicht weiter begründet und vermag den Hauptbeweis nicht zu erschüttern. Zudem wurde die Wasseruhr gemäss Aussagen des Beschwerdeführers nach der Prüfung nicht mehr installiert und der Anschluss in der Scheune wurde plombiert. (...)

Wenn der Beweis der Wasserlieferung erbracht ist, besteht für den Bezüger eine kausalhaftungsähnliche Situation, was bedeutet, dass es nicht um die Zuweisung einer Schuld geht. Somit hat der Bezüger voraussetzungslos für einen Wasserverlust einzustehen, sobald das Wasser den Zähler passiert hat (...). Wenn die Ursache des Wasserverlusts nicht klar eruierbar ist, würde daher der Gegenbeweis mindestens erfordern, dass eine Erklärung dargetan worden wäre, die eine Verantwortung des Wasserlieferanten zumindest als möglich erscheinen liesse. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Begründungsansätze des Beschwerdeführers (Vergleich mit den Vorjahren; Aussage des Mieters, dass keine Vernässungen festzustellen gewesen seien; Umstand, dass ein einfaches Leitungssystem vorliegt [...]) lassen zwar einerseits die Frage nach der Ursache des Wasserverlusts offen, bieten aber andererseits keinen Ansatz für eine Verantwortlichkeit der Gemeinde.

Schliesslich obliegt gemäss Wasserreglement der Schutz des Wasserzählers dem Abonnten (§ 34 WR). Somit hat der Gebäudeeigentümer auch im Falle einer Manipulation an der Wasseruhr voraussetzungslos für den Schaden einzustehen.

Rekursgericht im Ausländerrecht

I. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

77 Ausschaffungshaft; Haftverlängerung; Durchführung einer mündlichen Verhandlung

Die Überprüfung der Verlängerung einer Ausschaffungshaft kann gleich wie bei der Überprüfung der Verlängerung einer Durchsetzungshaft aufgrund der Akten erfolgen, weshalb nicht zwingend eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden muss (E. I./4.4.3.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 8. Mai 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen A.B. betreffend Haftverlängerung (1-HA.2009.52).

Aus den Erwägungen

I. 3. Bis zum Inkrafttreten des (neuen) EGAR war der Präsident des Rekursgerichts im Ausländerrecht aufgrund kantonalen Rechts verpflichtet, sowohl bei erstmaliger Anordnung einer Ausschaffungshaft als auch bei deren Verlängerung eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Die erstmalige Überprüfung hatte innert 96 Stunden seit der ausländerrechtlich motivierten Anhaltung, die Überprüfung der Haftverlängerung vor Ablauf der bereits bewilligten Haft zu erfolgen (§ 17 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Ausländerrecht [aEGAR] vom 14. März 2007).

Eine gleich lautende Norm ist im (neuen) EGAR nicht mehr enthalten (§ 14 Abs. 1 EGAR). Vielmehr sind nun einzig die Bestimmungen des AuG massgebend, womit Klärungsbedarf hinsichtlich der Frage besteht, ob eine Überprüfung der Verlängerung der Ausschaffungshaft in jedem Fall aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu erfolgen hat.

(...)

4.3. Die Vorschriften über die richterliche Haftüberprüfung bezüglich Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft finden sich in Art. 80 AuG.

Bezüglich der erstmaligen Haftanordnung ist in Art. 80 Abs. 2 AuG festgelegt, dass eine richterliche Haftüberprüfung innert 96 Stunden aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu erfolgen hat. Von einer mündlichen Verhandlung kann nur dann abgesehen werden, wenn die Ausschaffungshaft gestützt auf Art. 77 AuG für maximal 60 Tage angeordnet und das Verfahren deshalb schriftlich durchgeführt wird (Art. 80 Abs. 2 Satz 2 AuG) sowie, wenn die Ausschaffung voraussichtlich innerhalb von acht Tagen nach der Haftanordnung erfolgen wird und die betroffene Person schriftlich ihr Einverständnis bekundet (Art. 80 Abs. 3 AuG).

Nicht explizit normiert ist die Form der richterlichen Haftüberprüfung bei Verlängerung der Ausschaffungshaft. An einer ausdrücklichen Regelung fehlt es auch bei Verlängerung der Vorbereitungschaft, da diese von Beginn an für ihre Maximaldauer von sechs Monaten angeordnet werden kann (Art. 75 Abs. 1 AuG). Selbstredend ist es aber mit Blick auf die Verhältnismässigkeit zulässig bzw. geradezu geboten, zunächst eine kürzere Vorbereitungschaft anzuordnen und diese bei Bedarf zu verlängern (Thomas Hugli Yar, a.a.O., Rz. 10.34, S. 439).

Gleich wie bei der Durchsetzungshaft ist das Migrationsamt im Falle einer Haftverlängerung gemäss § 13 Abs. 5 EGAR verpflichtet, den Antrag auf [recte: die Anordnung der] Haftverlängerung zusammen mit den Akten mindestens fünf Arbeitstage vor Ablauf der bewilligten Haft einzureichen.

(...)

4.4.3. (...)

Wie bereits ausgeführt, ist die Form der Verlängerung einer Ausschaffungshaft nicht explizit geregelt. Sowohl Art. 80 Abs. 2 als auch Abs. 3 AuG, die sich über die Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung äussern, beziehen sich klarerweise auf die erstmalige Überprüfung einer Ausschaffungshaft. Art. 80 Abs. 4 AuG besagt sodann lediglich, welche Umstände bei der Überprüfung des Entscheides über Anordnung, Fortsetzung und Aufhebung der Haft

zu berücksichtigen sind, nicht aber in welcher Form diese zu erfolgen hat. Ebenso wenig ist aus dem Wortlaut von Art. 76 Abs. 3 AuG im Hinblick auf die Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung abzuleiten. Hier wird lediglich festgelegt, wie lange ein Betroffener inhaftiert werden darf. Insgesamt ergibt sich aus dem Wortlaut der einschlägigen Normen kein Hinweis darauf, dass eine richterliche Überprüfung der Verlängerung einer Ausschaffungshaft zwingend im Rahmen einer mündlichen Verhandlung erfolgen muss.

Gegen das Bestehen einer gesetzlichen Verpflichtung, bei jeder Verlängerung der Ausschaffungshaft eine mündliche Verhandlung durchzuführen, spricht auch eine systematische Auslegung der einschlägigen Verfahrensbestimmungen unter neuem Recht. So wurden mit Art. 80 Abs. 2 und 3 AuG Ausnahmen geschaffen, die eine erstmalige Haftüberprüfung ohne mündliche Verhandlung erlauben und dies im Falle von Art. 77 AuG sogar für eine Haftdauer von bis zu 60 Tagen. Zudem hat der Gesetzgeber mit der Durchsetzungshaft in der Zwischenzeit ein Verfahren normiert, bei welchem es der betroffenen Person frei steht, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten. Dies obschon es gerade bei der Durchsetzungshaft explizit auf das Verhalten der betroffenen Person ankommt und eigentlich zu erwarten wäre, dass sich der Richter persönlich von der weiter bestehenden Weigerung der betroffenen Person, ihr Verhalten zu ändern, zu überzeugen hat. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb es bei der Verlängerung der Durchsetzungshaft zulässig ist, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten, wogegen dies bei der Vorbereitungs- bzw. Ausschaffungshaft untersagt sein soll.

Auch eine Auslegung der Normen nach Sinn und Zweck führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Zweifellos soll die mündliche Verhandlung sicher stellen, dass der Inhaftierte seinen Standpunkt darlegen kann und dieser durch den Richter auch gehört und gebührend berücksichtigt wird. Daraus den Schluss zu ziehen, es müsse bei Überprüfung der Verlängerung einer Ausschaffungshaft in jedem Falle zwingend eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden und der Betroffene könne nicht rechtsgültig darauf verzichten, geht jedoch zu weit. Einerseits bestehen oftmals im Zeitpunkt der Haftverlängerung vollkommen unveränderte Umstände, welche eine

mündliche Verhandlung obsolet erscheinen lassen. Andererseits ist bei der Haftverlängerung in vielen Fällen einzig über Rechtsfragen zu entscheiden, die keiner Anhörung des Betroffenen bedürfen.

Verzichtet ein Betroffener im Rahmen des rechtlichen Gehörs betreffend Verlängerung der Haft gegenüber dem Migrationsamt auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, obliegt es dem Richter, im Rahmen der Verhandlungsvorbereitung zu prüfen, ob aus seiner Sicht eine mündliche Verhandlung notwendig erscheint. Ist der Betroffene anwaltlich vertreten und kommt der Richter zum Schluss, dass es keiner mündlichen Verhandlung bedarf, hat er dies dem Rechtsvertreter anzuzeigen. Verzichtet auch der Rechtsvertreter auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, ist nicht ersichtlich, welche weiteren Erkenntnisse eine solche bringen würde. Selbstredend steht es dem Betroffenen bzw. dessen Rechtsvertreter frei, schriftlich zur Haftverlängerung Stellung zu nehmen.

Anzumerken bleibt, dass im Kanton Aargau alle für mehr als 20 Tage Inhaftierten zwingend ab der ersten Haftüberprüfungsverhandlung einen amtlichen Vertreter erhalten (§ 27 Abs. 2 EGAR). Auf diese Weise können die Argumente eines Betroffenen sehr wohl auch ohne zwingende mündliche Verhandlung vorgebracht und berücksichtigt werden.

(...)

4.5. Nach dem Gesagten ist das Migrationsamt, analog der Durchsetzungshaft, anzuweisen, jedem Betroffenen im Rahmen des rechtlichen Gehörs betreffend Verlängerung der Haft die Frage zu unterbreiten, ob er die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wünsche. Verneint er dies und kommt der Richter zum Schluss, eine mündliche Verhandlung dränge sich nicht auf, ist dem Rechtsvertreter des Betroffenen Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben. Besteht auch dieser nicht auf der Durchführung einer mündlichen Verhandlung, ist über die Verlängerung der Haft aufgrund der Akten zu entscheiden.

78 Ausschaffungshaft; Änderung der Dauer einer angeordneten Ausschaffungshaft; Dublin-Verfahren

Stellt sich zwischen der Anordnung einer Ausschaffungshaft und der richterlichen Haftüberprüfung heraus, dass die ursprünglich angeordnete Haftdauer zu kurz bemessen wurde, kann unter Berücksichtigung von § 27 Abs. 2 EGAR eine längere Haftdauer angeordnet werden (E. II./1.2.). Die Nichtbeachtung des Merkblatts des BFM (Stand 5. Mai 2009) bezüglich Wegweisungsvollzug in Dublin-Verfahren ist unerheblich (E. II./7.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 29. Mai 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen R.F. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.62).

Aus den Erwägungen

II. 1.2. Der Vertreter des Gesuchsgegners brachte anlässlich der heutigen Verhandlung vor, es sei fraglich, welche Auswirkungen die Nicht-Gewährung des rechtlichen Gehörs betreffend die Verlängerung der Ausschaffungshaft auf drei Monate habe.

Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Bei genauer Betrachtung handelt es sich bei der neu für drei Monate angeordneten Ausschaffungshaft gar nicht um eine Haftverlängerung, sondern um eine noch innerhalb der Frist zur erstmaligen richterlichen Überprüfung der Haft vorgenommenen Änderung der ursprünglich für 20 Tage angeordneten Ausschaffungshaft auf drei Monate. Dies auch wenn das Migrationsamt die neue Verfügung als "Haftverlängerung" bezeichnete. Nachdem dem Gesuchsgegner das rechtliche Gehör für die Anordnung einer Ausschaffungshaft unabhängig von der beabsichtigten Haftdauer gewährt wurde und der Entscheid über die Inhaftierung im Sinne von § 13 Abs. 1 EGAR korrekt mündlich eröffnet wurde, stellt sich vorab die Frage, ob die Änderung der Haftdauer zulässig war.

Gemäss § 37 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 4. Dezember 2007 können Entscheide, die der Rechtslage oder den sachlichen Erfordernissen nicht (mehr) entsprechen, durch die erlassende Behörde geändert werden, wenn das

Interesse an der richtigen Rechtsanwendung die Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes überwiegen.

Im vorliegenden Fall stellte sich nach mündlicher Eröffnung der Haftanordnung (§ 13 Abs. 1 EGAR) und nach Zustellung der begründeten Verfügung (§ 13 Abs. 3 EGAR) heraus, dass die ursprünglich für 20 Tage angeordnete Haft aufgrund der Flugdaten bestenfalls ganz knapp ausreichen würde, um den Vollzug der Rückführung nach Italien sicher zu stellen. Unter diesen Umständen entsprach die Haftdauer den sachlichen Erfordernissen nicht mehr und die Anordnung einer längeren Haft drängte sich geradezu auf. Dies auch im Sinne einer richtigen Rechtsanwendung. Erkennt das Migrationsamt vor dem richterlichen Haftüberprüfungsentscheid, dass die angeordnete Haft für den Vollzug der Ausschaffung nicht ausreicht, ist diese neu anzuordnen, damit der Richter bei der Haftüberprüfung über die gesamte mutmasslich benötigte Haftdauer befinden kann. Dass einer derartigen Anpassung der Haftdauer im vorliegenden Fall Interessen der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes im Sinne von § 37 Abs. 1 VRPG entgegen stehen könnten, ist nicht ersichtlich.

Bezüglich einer längeren Haftdauer ist § 27 Abs. 2 EGAR gebührend Beachtung zu schenken, wonach einem Betroffenen zwingend ein amtlicher Rechtsvertreter beizugeben ist, wenn eine Haft für mehr als 20 Tage angeordnet wird. Kann vor der richterlichen Haftüberprüfung kein amtlicher Rechtsvertreter mehr bestellt werden, darf die Haft zunächst für höchstens 20 Tage bestätigt werden. Unter diesen Umständen war es auch richtig, dass das Migrationsamt die längere Haftdauer unverzüglich anzeigte, damit dem Gesuchsgegner ein amtlicher Rechtsvertreter bestellt werden konnte.

Anzumerken bleibt, dass die Formvorschriften von § 13 EGAR betreffend die Gewährung des rechtlichen Gehörs, die mündliche Eröffnung und die schriftliche Begründung der Haftanordnung auf Fälle wie den vorliegenden keine Anwendung finden, da die Änderung der Haftdauer nach Anordnung der Haft und vor deren richterlichen Überprüfung durch § 13 EGAR gar nicht erfasst wird. Müsste eine Änderung der Haftdauer in jedem Falle mündlich eröffnet und schriftlich begründet werden, wäre das Migrationsamt ausser Stande, auf neue Umstände, die sich erst an der Verhandlung ergeben, zu

reagieren. Ordnet das Migrationsamt z.B. eine einmonatige Haft an, weil der Betroffene sich grundsätzlich der Ausschaffung unterzieht, und weigert sich der Betroffene sodann anlässlich der richterlichen Haftüberprüfung kategorisch, auszureisen, muss es dem Migrationsamt frei stehen, sofort eine längere Haft anzuordnen und über diese richterlich befinden zu lassen. Alles Andere würde einem kontradiktorischen Haftüberprüfungsverfahren, wie es im Kanton Aargau vorgesehen ist, zuwider laufen und wäre auch aus prozessökonomischen Gesichtspunkten wenig sinnvoll. Bei genauer Betrachtung will § 13 EGAR lediglich sicher stellen, dass einem Betroffenen vor der erstmaligen Haftanordnung bzw. vor der Verlängerung einer richterlich bestätigten Haft das rechtliche Gehör gewährt wird und der Betroffene sowohl mündlich als auch schriftlich über die Inhaftierung orientiert wird.

Unter diesen Umständen stellt die Tatsache, dass dem Gesuchsgegner bezüglich der neu für drei Monate angeordneten Haft nicht erneut das rechtliche Gehör gewährt und der Entscheid vor der Haftüberprüfungsverhandlung weder mündlich eröffnet noch schriftlich begründet wurde, keine Rechtsverletzung dar.

(...)

7. Das Migrationsamt ordnete die Ausschaffungshaft für drei Monate an. Nachdem der Vollzug der Rückführung massgeblich vom Verhalten des Gesuchsgegners abhängig ist und es diesbezüglich zu Verzögerungen kommen kann, ist die beantragte Haftdauer nicht zu beanstanden. Im Übrigen ist festzuhalten, dass das Migrationsamt bisher stets bemüht war, Ausschaffungen so rasch wie möglich zu vollziehen. Sollte das Migrationsamt entgegen seiner bisherigen Gewohnheit das Beschleunigungsgebot verletzen, besteht die Möglichkeit, ein Haftentlassungsgesuch zu stellen.

Daran ändert auch das Merkblatt des BFM bezüglich Wegweisungsvollzug in Dublin-Verfahren nichts. Gemäss diesem Merkblatt ist Folgendes vorgesehen: Nach Vorliegen des Nichteintretensentscheids des BFM auf das Asylgesuch mit sofortiger Wegweisung in einen Dublin-Staat und nach Zustimmung dieses Staates zur Rückübernahme, muss zunächst ein Rückflug gebucht werden. Erst wenn dieser durch swissREPAT bestätigt wurde, ist der Asylentscheid zu

eröffnen, wobei unmittelbar im Anschluss an die Eröffnung die Zuführung an den Flughafen und die Ausschaffung zu erfolgen hat. Zwar wird durch ein solches Vorgehen möglicherweise eine Ausschaffungshaft in einzelnen Fällen verhindert. Trotzdem rechtfertigt sich dieses Vorgehen nicht. Einerseits ist fraglich, ob die betroffenen Personen am Tag der geplanten Ausschaffung rechtzeitig ergriffen werden können, sodass ihnen der Entscheid vor dem Abflug ordnungsgemäss eröffnet werden kann. Jedenfalls sind die Bedenken des Migrationsamtes, dass es in vielen Fällen zu Flugabsagen kommen könnte, nicht von der Hand zu weisen. Andererseits muss das vorgesehene Prozedere des BFM mit Blick auf das Non-Refoulement-Gebot sowie das Gebot des effektiven Rechtsschutzes in Bezug auf den Entscheid über die Rückführung in einen Dublin-Staat als zumindest problematisch bezeichnet werden (vgl. hierzu Mathias Hermann, Refoulement-Verbote und effektiver Rechtsschutz bei Dublin-Entscheidungen, in: Jusletter 25. Mai 2009). Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden bzw. drängt es sich geradezu auf, dass das Migrationsamt zunächst den genannten Entscheid eröffnet und den Betroffenen Gelegenheit gibt, selbständig in den Dublin-Staat zurückzukehren. Dass das BFM offenbar auch bei glaubhaft erklärter Rückkehrbereitschaft eine Zuführung an den Flughafen verlangt, ist sachlich nicht gerechtfertigt, jedoch hinzunehmen.

79 Ausschaffungshaft; Inhaftierung im Hinblick auf die Anordnung einer Ausschaffungshaft

Die Berechtigung zur Festhaltung einer betroffenen Person im Zeitraum zwischen der polizeilichen Anhaltung und der Gewährung des rechtlichen Gehörs hat ihre rechtliche Grundlage in Art. 76 AuG. Unter diesen Umständen besteht für eine kurzfristige Festhaltung im Sinne von § 11 EGAR in Verbindung mit Art. 73 AuG kein Raum mehr (E. II./8.2.-8.3.).

Entscheid des stellvertretenden Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. Juli 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen T.T. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.96).

Aus den Erwägungen

II. 8.2. (...) Für Inhaftierungen im Hinblick auf die Anordnung einer Ausschaffungshaft nach Art. 76 AuG muss sich das Migrationsamt auf keine zusätzliche rechtliche Grundlage stützen. Dies lässt sich auch daran erkennen, dass die Frist von 96 Stunden zur richterlichen Haftüberprüfung nicht erst ab dem Moment zu laufen beginnt, in dem die Haft formell angeordnet wird, sondern bereits mit der ausländerrechtlich motivierten Anhaltung (...).

(...)

8.3. Nach dem Gesagten beruhte die ausländerrechtlich motivierte Freiheitsentziehung der Gesuchsgegnerin mit Art. 76 AuG bereits im Zeitraum zwischen der polizeilichen Anhaltung und der Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. der Eröffnung der Haftanordnung auf einer genügenden Rechtsgrundlage. Aus diesem Grund bestand für eine kurzfristige Festhaltung im Sinne von § 11 EGAR in Verbindung mit Art. 73 AuG gar kein Raum mehr. (...)

80 Ausschaffungshaft; Haftdauer; Dublin-Verfahren; Verfristung

Eine Haft darf nur so lange angeordnet werden, als eine Rückführung in den Zielstaat zulässig ist (E. II./2.3.).

Eine Rückführung in einen Dublin-Staat (Zielstaat) gestützt auf die Dublin II-Verordnung ist nur innert bestimmter Fristen möglich (E. II./2.3.1.)

Bei der ersten Haftüberprüfung ist die maximal zulässige Haftdauer aufgrund objektiver Angaben und unter Beizug der notwendigen Unterlagen zu überprüfen und festzulegen, ob sich eine Inhaftierung unter Berücksichtigung der zulässigen Haftdauer und der konkreten Rückführungsmöglichkeiten rechtfertigen lässt (E. II./2.3.2.).

Kann die maximal zulässige Rückführungsfrist nicht zuverlässig berechnet werden und steht deshalb nicht zweifelsfrei fest, wie lange ein Betroffener in Haft genommen werden kann, ist die Ausschaffungshaft nicht zu bestätigen (E. II./3.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 2. Juli 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen Y.O. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.79).

Aus den Erwägungen

II. 2.3. Gemäss Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG ist die Haft zu beenden, wenn sich erweist, dass der Vollzug der Wegweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist.

Es sind keine Anzeichen vorhanden, die an der Ausschaffungsmöglichkeit in tatsächlicher Hinsicht Zweifel aufkommen lassen würden.

Bezüglich der rechtlichen Hindernisse ist festzuhalten, dass die Haft nur so lange angeordnet werden darf, als eine Rückführung in den Zielstaat zulässig ist.

2.3.1. Für die Rückführung nach Griechenland sind die auch für die Schweiz geltende Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 (Dublin II-Verordnung; ABl. L 50 vom 25.2.2003, S. 1 ff.) sowie die dazu gehörenden Ausführungsbestimmungen, insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 (Dublin II-Durchführungsverordnung; ABl. L 222 vom 5.9.2003, S. 3 ff.) massgebend (vgl. Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags [SR 0.142.392.68]).

Anders als bei Rückführungen in den Heimatstaat ist eine Rückführung in einen Dublin-Staat (Zielstaat) gestützt auf die Dublin II-Verordnung nur innert bestimmter Fristen möglich. Massgebend für die Fristberechnung ist insbesondere, wann der Betroffene illegal in den Zielstaat eingereist ist (Art. 10 Abs. 1 der Dublin II-Verordnung), welchen Status der Betroffene im Zielstaat hatte (Art. 16 Abs. 1 lit. a und b oder Art. 16 Abs. 1 lit. c bis e Dublin II-Verordnung), wann das Gesuch um Rückübernahme gestellt wurde (Art. 17 Abs. 1 der Dublin II-Verordnung), ob um dringliche Antwort ersucht wurde (Art. 17 Abs. 2 der Dublin II-Verordnung), ob das Gesuch um Rückübernahme gestützt auf einen Eurodac-Treffer gestellt wurde (Art. 20 Abs. 1 lit. b und c der Dublin II-Verordnung) und ob der Zielstaat das Rückübernahmegesuch beantwortet hat (Art. 18 Abs. 7 bzw. Art. 20

Abs. 1 lit. c der Dublin II-Verordnung). In allen Fällen hat die Rückführung - vorbehaltlich einer allfälligen Unterbrechung im Sinne von Art. 19 Abs. 3 bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. d oder einer Verlängerung nach Art. 20 Abs. 2 der Dublin II-Verordnung - innert sechs Monaten seit Zustimmung zur Rückübernahme zu erfolgen (Art. 19 Abs. 3 bzw. Art. 20 Abs. 2 der Dublin II-Verordnung).

Ausgangspunkt für jede Rückführung im Rahmen der Dublin II-Verordnung ist das Gesuch um Rückübernahme an den Zielstaat. Diesem ist zu entnehmen, gestützt auf welche gesetzliche Grundlage die Rückführung in den Zielstaat erfolgen soll und ob um dringliche Antwort ersucht wird. Antwortet der Zielstaat nicht innert der erforderlichen Frist, wird angenommen, dass der Rückübernahme zugestimmt wird (so genannte Verfristung). Die sechsmonatige Rückführungsfrist beginnt diesfalls mit ungenutztem Ablauf der Antwortfrist zu laufen. Antwortet der Zielstaat innerhalb der Frist, beginnt die sechsmonatige Rückführungsfrist mit Annahme des Antrages. Keine ausdrückliche Regelung kann der Dublin II-Verordnung entnommen werden für den Fall, in welchem der Zielstaat erst nach Ablauf der Frist antwortet. Es ist davon auszugehen, dass die Rückführungsfrist in einer solchen Konstellation bereits mit Ablauf der Antwortfrist beginnt und die verspätete Antwort lediglich eine Bestätigung des Zielstaates darstellt, dass die Verfristung eingetreten ist und die Rückübernahme akzeptiert wird (Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 19. Juni 2009, 1-HA.2009.75, E. II/2.3, S. 7). Offen gelassen werden kann an dieser Stelle, ob es dem Zielstaat frei steht, eine längere Frist als die vertraglich statuierten sechs Monate für die Rückübernahme einzuräumen. Prima vista ist dem nichts entgegen zu halten, zumal die genannten Fristen wohl einzig der zwischenstaatlichen Zuständigkeitsklärung dienen und nicht als Schutznormen für die Betroffenen gedacht sind (vgl. hierzu auch den Entscheid des Bayrischen Verwaltungsgerichts Würzburg vom 28. April 2009, W 6 K 08.30170, E. II/1. b, S. 10 [online einsehbar unter www.fluechtlingsrat-nrw.de, Dublin II > Rechtsprechung zur Dublin II-Verordnung > Überstellungsfristen, aufgerufen am 8. Juli 2009]).

2.3.2. Einmal mehr ist im Hinblick auf die Berechnung der Rückübernahmefrist festzuhalten, dass dem Wegweisungsentscheid des BFM vom 16. Juni 2009 keine entsprechenden Angaben zu entnehmen sind, obschon dies gemäss Art. 19 Abs. 2 bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. e der Dublin II-Verordnung geboten wäre und es nicht Aufgabe des Haftrichters ist, erstmals die Frist der maximal zulässigen Rückführung zu berechnen (vgl. Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 15. Juni 2009, 1-HA.2009.71, E. II/2.4, S. 8). Auch das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Urteil vom 24. Juni 2009 (E-3805/2009, S. 8) fest, dass in den Entscheiden des BFM betreffend Wegweisung gestützt auf die Dublin II-Verordnung der letztmögliche Zeitpunkt für die Durchführung der Überstellung anzugeben sei und die Frist insbesondere in ausländerrechtlichen Haftverfahren weitreichende Konsequenzen zeitigen könne. Mit Entscheid vom 26. Juni 2009 (1-HA.2009.78), welcher am 1. Juli 2009 versandt wurde, hielt der Präsident des Rekursgerichts fest, das Migrationsamt werde erneut angewiesen, inskünftig bereits in seiner Haftanordnung darzulegen, bis wann die Rückübergabe maximal zulässig sei und entsprechende Belege spätestens anlässlich der mündlichen Haftüberprüfungsverhandlung vorzulegen. Zudem wurde das Migrationsamt mit Verfügung vom 1. Juli 2009 aufgefordert, die erforderlichen Belege einzureichen.

Zwar äussert sich die Haftanordnung zur maximal zulässigen Rückführung. Belege, die der Berechnung zu Grunde gelegt wurden, hat das Migrationsamt jedoch keine eingereicht, womit die Berechnung nicht überprüfbar ist. Den Vorakten liegt lediglich der Nichteintretensentscheid des BFM vom 16. Juni 2009 bei. In diesem Entscheid wird - ohne Verweis auf irgendwelche Aktenstücke - ausgeführt, es sei am 13. März 2009 ein Rückübernahmegesuch an die griechischen Behörden gestellt worden, welches diese bis am 15. Mai 2009 nicht beantwortet hätten.

2.3.3. Da die Berechnung der Rückführungsfrist - wie oben gezeigt wurde (E. II/2.3.1) - äusserst komplex ist und diverse potentielle Fehlerquellen bestehen, geht es im Bereich ausländerrechtlicher Zwangsmassnahmen nicht an, einzig auf eine unbelegte Datumsangabe in einem BFM-Entscheid abzustellen, um den spätest mögli-

chen Rückführungstermin und damit die maximal zulässige Haftdauer festzulegen. Vielmehr entspricht es der richterlichen Sorgfaltpflicht, bereits bei der ersten Haftüberprüfung die maximal zulässige Haftdauer aufgrund objektiver Angaben und unter Beizug der notwendigen Unterlagen zu überprüfen und festzulegen, ob sich eine Inhaftierung unter Berücksichtigung der zulässigen Haftdauer und der konkreten Rückführungsmöglichkeiten rechtfertigen lässt. Es geht nicht an, die Haft gestützt auf eine mutmasslich zulässige Haftdauer zu bewilligen, wenn weder ein Rückübernahmegesuch der Schweiz noch eine Antwort des Zielstaates bzw. eine Verfristungsanzeige vorliegen. Dies umso weniger, als es den zuständigen Bundesbehörden problemlos möglich wäre, die für die korrekte Fristberechnung notwendigen Unterlagen zu edieren. Jedenfalls wurde seitens des BFM zu Recht nicht vorgebracht, die Edition der Dokumente sei aus zeitlichen Gründen nicht möglich oder mit unverhältnismässigem administrativem Aufwand verbunden, nachdem in einem anderen Verfahren (1-HA.2009.74) auf telefonisches Ersuchen des Präsidenten des Rekursgerichts innert Stunden sowohl der Antrag auf Rückübernahme als auch die Verfristungsanzeige per Fax übermittelt werden konnten. Festzuhalten bleibt, dass es - entgegen der Auffassung des BFM - nicht darum geht, den Asylentscheid zu überprüfen, sondern einzig darum, die maximal zulässige Rückübernahmefrist, über die der BFM-Entscheid eigentlich zwingend Auskunft geben müsste, und daraus abgeleitet, die maximal zulässige Haftdauer zu ermitteln.

3. Da es aufgrund der fehlenden Unterlagen nicht möglich ist, die maximal zulässige Rückführungsfrist zuverlässig zu berechnen und somit nicht zweifelsfrei feststeht, wie lange der Gesuchsgegner in Haft genommen werden kann, ist die Ausschaffungshaft nicht zu bestätigen und der Gesuchsgegner aus der Haft zu entlassen. Eine bloss teilweise Bestätigung der Ausschaffungshaft für eine kürzere als die vom Migrationsamt angeordnete Dauer kommt schliesslich ebenfalls nicht in Betracht. Aufgrund der ausdrücklichen Weigerung des BFM, die für die Berechnung der maximal zulässigen Haftdauer erforderlichen Unterlagen zu edieren, kann nicht damit gerechnet werden, dass sich die zuständigen kantonalen Behörden in absehbarer Zukunft Klarheit darüber verschaffen können, bis zu welchem

Zeitpunkt im vorliegenden Fall die Haft angeordnet bzw. bestätigt werden dürfte.

81 Ausschaffungshaft; Verhältnismässigkeit; Dublin-Verfahren

Die Ausschaffung eines Betroffenen setzt voraus, dass dieser nicht selbständig ausreist. Will ein Betroffener mit einem selbst bezahlten Flugticket vor der geplanten Ausschaffung (i.c. in einen Dublinstaat) in sein Heimatland ausreisen, ist eine Ausschaffung gestützt auf Art. 69 Abs. 2 AuG nicht mehr zulässig (E. II./5.2.2.).

Ist die Ausschaffung unverhältnismässig, gilt dies umso mehr auch für die Anordnung einer Ausschaffungshaft, da diese einzig bezweckt, die Ausschaffung sicherzustellen (E. II./5.3.).

Bei Ausschaffungen in einen Dublin-Staat ist die Anordnung einer Ausschaffungshaft auf jeden Fall nur bis zum Zeitpunkt des möglichen Rückfluges in den Heimatstaat eines Betroffenen zulässig, wenn dieser ein entsprechendes Flugticket vorlegt (E. II./6.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 24. Juni 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen I.S. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.77).

Sachverhalt

Der Gesuchsgegner war bereits am 19. Juni 2009 am Wohnort seiner Eltern angehalten und dem Migrationsamt zugeführt worden. Im Rahmen der Befragung durch das Migrationsamt wurde dem Gesuchsgegner der Nichteintretens- bzw. Wegweisungsentscheid des BFM vom 9. Juni 2009 eröffnet und das rechtliche Gehör betreffend die Anordnung einer Ausschaffungshaft gewährt. Der Gesuchsgegner weigerte sich, nach Ungarn auszureisen, erklärte sich jedoch bereit, in sein Heimatland zu fliegen. Hierauf ordnete das Migrationsamt eine Ausschaffungshaft für die Dauer von 20 Tagen an. Anlässlich der am selben Tag durchgeführten Haftüberprüfungsverhandlung wurde entschieden, dass dem Gesuchsgegner nicht verweigert werden dürfe, auf eigene Kosten in sein Heimatland auszureisen. Lege er

ein auf seinen Namen lautendes Flugticket vor, sei davon auszugehen, dass er selbständig ausreisen werde. Eine Ausschaffung sei unter diesen Umständen nicht mehr notwendig und die Aufrechterhaltung der Ausschaffungshaft unverhältnismässig. Nachdem der Bruder des Gesuchsgegners am Nachmittag des 19. Juni 2009 ein auf den Gesuchsgegner lautendes Flugticket für den 25. Juni 2009 vorgelegt hatte, annullierte das Migrationsamt den Rückflug nach Ungarn, entliess den Gesuchsgegner aus der Ausschaffungshaft (1-HA.2009.75) und beantragte beim BFM die Zustellung des Passes, der sich bei den Akten des BFM befand. Darauf teilte ein Sachbearbeiter Dublin im Auftrag des Leiters Dublin Office Schweiz dem Migrationsamt mit Fax vom 22. Juni 2009 zum Thema "Zustellung der Heimatlichen Urkunde" mit, die Geschäftsleitung des BFM habe aus strategischen Gründen entschieden, dass Dublin-Zustimmungen einzuhalten seien. Dies insbesondere, um die Beziehungen zu den Partnerstaaten nicht zu belasten und Ressourcen nicht unnötig einzusetzen. Die Ausschaffung nach Ungarn sei demzufolge zu vollziehen. Im Einzelfall könne der Dublin Prozess unterbrochen werden. Diese Möglichkeit bestehe jedoch nur bevor die Zustimmung des angefragten Mitgliedstaates eintreffe und mit vorgängiger Anfrage beim Dublin Office. Der Vollzug nach Ungarn sei demzufolge sicherzustellen. Als der Gesuchsgegner gemäss Aufforderung am 24. Juni 2009 beim Migrationsamt vorsprach, wurde ihm erneut das rechtliche Gehör betreffend die Anordnung einer Ausschaffungshaft gewährt. Dabei erklärte er sich wiederum nicht bereit, nach Ungarn auszureisen, da er am 25. Juni 2009 in sein Heimatland fliegen werde.

Aus den Erwägungen

II. 5.2.2. Die Ausschaffung eines Betroffenen unter vorgängiger Anordnung einer Ausschaffungshaft stellt das letzte Mittel einer Reihe von Zwangsmassnahmen dar, um eine Wegweisung aus der Schweiz durchzusetzen. Stellt sich heraus, dass ein Betroffener selbständig ausreist, ist die Anordnung einer Ausschaffungshaft nicht

notwendig und damit unverhältnismässig. Zu prüfen ist, wie es sich verhält, wenn ein Betroffener in einen Dublin-Staat weggewiesen wird, jedoch einzig bereit ist, in seinen Heimatstaat auszureisen.

Wird ein Betroffener aus der Schweiz weggewiesen, ist es grundsätzlich seine Sache zu bestimmen, wie und wohin er ausreist (Priorität der freiwilligen Ausreise). Die Ausschaffung, also der zwangsweise Vollzug kommt erst subsidiär in Betracht, wenn der Ausländer die ihm angesetzte Ausreisefrist im Sinne von Art. 66 Abs. 2 und Art. 68 Abs. 2 AuG ungenutzt hat verstreichen lassen (Art. 69 Abs. 1 lit. a AuG) (Andreas Zünd/Ladina Arquint Hill, § 8 Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., 2009, Rz. 8.95). Zwar sieht das Gesetz zwei Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität vor. Art. 69 Abs. 1 lit. b und c AuG verpflichtet die zuständige kantonale Behörde, Ausländerinnen und Ausländer auszuschaffen, wenn deren Wegweisung sofort vollzogen werden kann, oder wenn sich diese in Haft nach Art. 76 und 77 AuG befinden und ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vorliegt. Auch in diesen Fällen darf ein zwangsweiser Vollzug der Wegweisung aber nur erfolgen, wenn er verhältnismässig ist. Erklärt sich ein Betroffener glaubhaft bereit, vor der beabsichtigten Ausschaffung selbständig und legal auszureisen, erweist sich die Ausschaffung als unnötig und damit unverhältnismässig.

Das Migrationsamt geht davon aus, die Ausschaffung nach Ungarn lasse sich auf Art. 69 Abs. 2 AuG stützen und es obliege dem Migrationsamt, den Zielstaat der Ausschaffung zu bestimmen. Art. 69 Abs. 2 AuG lautet wie folgt: "Haben Ausländerinnen oder Ausländer die Möglichkeit, rechtmässig in mehrere Staaten auszureisen, so kann die zuständige Behörde sie in das Land ihrer Wahl ausschaffen." Das Migrationsamt übersieht, dass Art. 69 Abs. 2 AuG nur dann zur Anwendung gelangt, wenn der Betroffene effektiv ausgeschafft werden muss. Reist dieser jedoch selbständig aus, stellt sich die Frage gar nicht, in welchen Zielstaat er ausgeschafft werden soll. Zudem ist Folgendes festzuhalten: Selbst wenn das Migrationsamt eine Ausschaffung vornehmen muss, räumt Art. 69 Abs. 2 AuG der zuständigen Behörde kein Recht ein, den Zielstaat frei zu bestimmen.

Zwar besagt die angerufene Norm, dass das Migrationsamt - im Gegensatz zur früheren Regelung (vgl. Art. 14 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) vom 26. März 1931) - nicht mehr absolut verpflichtet ist, einen Ausländer in das Land seiner Wahl auszuschieffen, wenn dieser rechtmässig in mehrere Staaten ausreisen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Migrationsamt den Zielstaat unabhängig vom Willen des Betroffenen festlegen darf. Vielmehr soll der Betroffene diesen nach wie vor selber wählen können. Mit der "Kann-Bestimmung" sollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass der Betroffene nicht mehr einen absoluten Anspruch auf Bestimmung des Zielstaates hat (Andreas Zünd/Ladina Arquint Hill, § 8 Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., 2009, Rz. 8.97, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709 ff., 3814). Nicht zu beanstanden wäre wohl die Verweigerung einer Ausschaffung in einen gewünschten Zielstaat, wenn die Ausschaffung erhebliche Mehrkosten verursachen oder sich die Organisation der Rückführung als besonders aufwändig erweisen würde. Kann ein Betroffener jedoch rechtmässig in sein Heimatland zurückkehren, verlangt er eine Ausschaffung in sein Heimatland und kann diese vor einer geplanten Ausschaffung in einen Drittstaat erfolgen, lässt sich eine Ausschaffung in einen Drittstaat wohl kaum rechtfertigen. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass Art. 69 Abs. 2 AuG keine Rechtsgrundlage für eine zwangsweise Ausschaffung nach Ungarn darstellt, wenn der Gesuchsgegner glaubhaft bereit ist, selbständig und vor der geplanten Ausschaffung nach Ungarn in den Kosovo zurückzukehren.

Daran ändert auch nichts, dass gemäss Entscheid des BFM die Wegweisung nach Ungarn erfolgt. Die konkrete Nennung eines Zielstaates im Wegweisungsentscheid hat nur insofern Bedeutung, als eine Ausschaffung effektiv vollzogen werden muss. In diesem Falle darf das Migrationsamt den Betroffenen nur in den genannten Zielstaat ausschaffen, es sei denn, der Betroffene sei mit der Ausschaffung in einen anderen Staat einverstanden.

5.2.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Ausschaffung nur dann verhältnismässig ist, wenn ein Betroffener nicht selbständig ausreist.

5.3. Ist die Ausschaffung unverhältnismässig, gilt dies umso mehr auch für die Anordnung einer Ausschaffungshaft, da diese einzig bezweckt, die Ausschaffung sicherzustellen.

Zu prüfen ist deshalb, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass der Gesuchsgegner selbständig in den Kosovo zurückkehrt. Er brachte diesbezüglich mehrfach vor, er sei jederzeit bereit, auf dem Luftweg in den Kosovo auszureisen, werde sogar das Flugticket selbst bezahlen und habe auch nichts dagegen, wenn man ihn zum Flughafen bringen wolle. Zur Begleichung der Reisekosten führte er am 19. Juni 2009 aus (Protokoll der Verhandlung vom 19. Juni 2009 S. 6): "Ja, ich werde meine Reisekosten selber übernehmen. Meine ganze Familie lebt hier in der Schweiz. Sie können mir finanziell unter die Arme greifen. Ich habe hier nichts verbrochen, ich bin nicht straffällig geworden. Ich finde es schlecht, dass ich keine schriftliche Einladung vom Migrationsamt bekommen habe. Ich bin heute morgen einfach so festgenommen worden. Man hätte mir auch sagen können, dass ich vorbeikommen muss." Weiter ist den Akten zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner seine Voraufenthalte in Ungarn und Österreich nicht verschwiegen hat. Nachdem der Gesuchsgegner problemlos bei seinen Eltern getroffen werden konnte und dem Migrationsamt offenbar auch bekannt war, dass er sich dort aufhielt, kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, er sei untergetaucht. Dies umso weniger, als das Migrationsamt nicht einmal versucht hat, ihn über die ihm zugewiesene Unterkunft vorzuladen. Aufgrund der glaubhaften Aussage des Gesuchsgegners und nachdem keinerlei sonstige Anzeichen vorhanden sind, dass der Gesuchsgegner nicht selbständig ausreisen wird, wurde ihm mit Urteil vom 19. Juni 2009 Gelegenheit gegeben, seinen Ausreisewillen durch Vorlegen eines auf ihn lautenden Flugtickets, mit welchem er bis spätestens 27. Juni 2009 in den Kosovo zurückkehren kann weiter zu untermauern. Festgehalten wurde, dass wenn er ein entsprechendes Flugticket vorlege, von einer selbständigen Ausreise in den Kosovo vor der geplanten Ausschaffung nach Ungarn auszu-

gehen sei. Eine Fortsetzung der Haft wäre unter diesen Umständen nicht mehr gerechtfertigt und somit unverhältnismässig, weshalb er nach Vorliegen des Flugtickets aus der Haft zu entlassen sei.

Daran hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert. Es liegen keine neuen Umstände vor, die eine erneute Inhaftierung rechtfertigen könnten. Im Gegenteil, hat doch der Bruder des Gesuchsgegners inzwischen dem Migrationsamt ein entsprechendes Flugticket vorgelegt. Hinzu kommt, dass der Gesuchsgegner problemlos telefonisch kontaktiert werden konnte und pünktlich der telefonischen Vorladung Folge geleistet hat. Es ist unter diesen Umständen - mehr noch als anlässlich der Verhandlung vom 19. Juni 2009 - davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner am 25. Juni 2009 ausreisen wird, sofern er dies mit seiner Identitätskarte kann. Der Vertreter des Migrationsamts gab diesbezüglich anlässlich der heutigen Verhandlung zu Protokoll, der Pass des Gesuchsgegners sei bislang vom BFM nicht zugestellt worden. Dass der Gesuchsgegner mit seiner Identitätskarte ausreisen könne, sei anzunehmen, jedoch nicht sicher. Sollte der Gesuchsgegner wegen des fehlenden Passes nicht ausreisen können, kann ihm dies jedenfalls nicht angelastet werden.

(...)

6.2. Anzumerken bleibt, dass bei Rückführungen in einen Dublin-Staat die Anordnung einer Ausschaffungshaft selbst bei vorbehaltlos bewilligter Haft nur bis zum Zeitpunkt des möglichen Rückfluges in den Heimatstaat eines Betroffenen zulässig wäre, wenn dieser ein entsprechendes Flugticket vorlegen würde. Einem Betroffenen darf in diesem Fall die rechtmässige Ausreise in sein Heimatland nicht verweigert werden.

82 Ausschaffungshaft; Untertauchungsgefahr; Dublin-Verfahren

Kann dem Wegweisungsentscheid des BFM nicht entnommen werden, wann und wo sich eine betroffene Person hätte melden müssen, wenn sie die Schweiz selbständig hätte verlassen wollen, darf ihr nicht vorgeworfen werden, sie habe die Schweiz auf offensichtlich unzulässige Weise zu verlassen versucht, wenn ihr die Ausreise mit dem Zug nicht gelingt (E. II/3.3.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 14. Juli 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen N.C.I. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.86).

Aus den Erwägungen

II. 3.3. (...) Der Gesuchsgegner wurde mit Entscheid des BFM vom 10. Juni 2009 nach Italien weggewiesen und aufgefordert, die Schweiz sofort zu verlassen. Dem Wegweisungsentscheid des BFM ist trotz Art. 20 Abs. 1 lit. e der Dublin II-Verordnung einmal mehr nicht zu entnehmen, bis wann der Gesuchsgegner nach Italien rücküberführt werden kann. Er enthält auch keine Angaben darüber, wann und wo sich der Gesuchsgegner hätte melden müssen, wenn er die Schweiz selbständig Richtung Italien hätte verlassen wollen. Unter diesen Umständen kann dem Gesuchsgegner nicht vorgeworfen werden, er habe die Schweiz auf offensichtlich unzulässige Weise zu verlassen versucht. Vielmehr unterstrich der Gesuchsgegner mit seinem Ausreiseversuch, dass er effektiv gewillt ist, nach Italien auszureisen. Seine sowohl anlässlich des rechtlichen Gehörs gegenüber dem Migrationsamt geäusserte Bereitschaft, auszureisen als auch die heutige Bestätigung ist damit glaubhaft und stellt keine Schutzbehauptung dar.

83 Ausschaffungshaft; Untertauchungsgefahr

Kann eine auszuschaffende Person bei einem Überraschungszugriff nicht angetroffen werden, ist nicht bereits deswegen eine Untertauchungsgefahr erstellt. Massgebend ist immer das Gesamtverhalten, insbesondere das Verhalten der betreffenden Person, nachdem sie vom Zugriffsversuch Kenntnis erhalten hat (E. II./3.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 5. November 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen P.O. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.132).

Aus den Erwägungen

II. 3.2. (...)

Der Vertreter des Migrationsamtes gab an der heutigen Verhandlung an, man verfolge künftig insofern eine neue Vorgehensweise bei gewissen Rückschaffungen, als der betreffenden Person das Datum der Ausschaffung nicht mehr in jedem Fall mitgeteilt werde. Vielmehr werde die Person im Sinne eines Überraschungseffektes in der jeweiligen Unterkunft zwecks Zuführung an den Flughafen polizeilich angehalten, womit das Risiko des Untertauchens verkleinert werde. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass das Vorgehen bei einer Ausschaffung grundsätzlich Sache des Migrationsamtes ist, solange man sich an die gesetzlichen Vorgaben hält. Kann eine auszuschieffende Person aber bei einem Überraschungszugriff nicht angetroffen werden, bedeutet dies nicht, dass damit bereits eine Untertauchensgefahr erstellt wäre. Dies jedenfalls dann nicht, wenn dem Betroffenen nicht gesetzeskonform die Auflage gemacht wurde, sich während der Zeit des erfolgten Zugriffsversuches am Zugriffsort aufzuhalten. Asylsuchende sind nach den aktuellen gesetzlichen Grundlagen nicht verpflichtet, sich während vierundzwanzig Stunden am Tag in der Asylunterkunft aufzuhalten. Das Nichtantreffen eines Betroffenen stellt damit für sich allein lediglich ein mögliches Anzeichen dafür dar, dass dieser sich der Ausschaffung entziehen will. Massgebend ist immer das Gesamtverhalten, insbesondere das Verhalten des Betroffenen, nachdem er vom Zugriffsversuch Kenntnis erhalten hat.

(...)

(Anmerkung: I.c. wurde die Haft bestätigt, da sich der Gesuchsgegner trotz Kenntnis vom Zugriffsversuch nicht beim Migrationsamt gemeldet und sich zudem geweigert hatte, die Adresse seiner Freundin in Basel, bei der er angeblich gewohnt hatte, anzugeben.)

- 84 Ausschaffungshaft; Untertauchensgefahr nach illegalem Aufenthalt**
Der Umstand, dass eine Person illegal in die Schweiz eingereist ist und sich hier während rund einer Woche illegal aufgehalten hat, bedeutet zwar, dass diese strafrechtlich zur Verantwortung gezogen und gestützt

auf Art. 64 Abs. 1 AuG weggewiesen werden kann. Daraus kann jedoch nicht bereits geschlossen werden, es lägen konkrete Anzeichen dafür vor, dass sich die betroffene Person einer Ausschaffung entziehen werde (E. II./3.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 3. April 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen A.M. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.38)

Aus den Erwägungen

II. 3.2. Der Umstand, dass der Gesuchsgegner illegal in die Schweiz eingereist ist und sich hier während rund einer Woche bei seinem in B. lebenden Bruder aufgehalten hat, bedeutet zwar, dass er strafrechtlich zur Verantwortung gezogen und gestützt auf Art. 64 Abs. 1 AuG weggewiesen werden kann. Daraus kann jedoch nicht bereits geschlossen werden, es lägen konkrete Anzeichen dafür vor, dass er sich einer Ausschaffung entziehen werde. Dies umso weniger, als er gegenüber den schweizerischen Behörden von Beginn weg seine richtige Identität angegeben hat und sich seine Aussagen betreffend die Dauer seines Aufenthalts in der Schweiz im Wesentlichen mit denjenigen seines Bruders decken. Die anlässlich der Verhandlung gemachten unterschiedlichen Angaben des Gesuchsgegners und seines im Kosovo telefonisch kontaktierten Vaters zum Zeitpunkt der Abreise aus dem Heimatland lassen sich sodann ebenfalls vereinbaren. So erscheint es nämlich zumindest nicht abwegig, dass der Gesuchsgegner - wie vom Vater erklärt - bereits Mitte Februar 2009 von zu Hause abgereist ist, seine Heimatregion hingegen effektiv erst am 12. März 2009 verlassen hat. Dem Gesuchsgegner kann sodann nicht zur Last gelegt werden, dass er bei der polizeilichen Befragung erklärte, in die Schweiz gekommen zu sein, um hier ein Asylgesuch zu stellen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass er wenige Tage später im Rahmen des rechtlichen Gehörs vor dem Migrationsamt von sich aus auf die Durchführung eines Asylverfahrens verzichtete, nachdem er die fehlenden Erfolgsaus-

sichten eines entsprechenden Gesuchs erkannt hatte. Hinzu kommt, dass der Gesuchsgegner seit seiner Verhaftung durch die Polizei konstant beteuerte, er sei bereit, freiwillig auszureisen. Zudem hat er seine Bereitschaft zur Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren manifestiert, indem er anlässlich der Verhandlung konkrete Anstrengungen unternommen hat, um sich seinen abgelaufenen Reisepass aus dem Heimatland zukommen zu lassen. Auch wenn der Gesuchsgegner in seinem Heimatland nach eigenen Aussagen in wirtschaftlicher Hinsicht keine Perspektiven sieht, fehlt es im vorliegenden Fall nach dem Gesagten an genügend konkreten Anzeichen für eine bestehende Untertauchungsgefahr (vgl. Urteil des Rekursgerichts im Ausländerrecht 1-HA.2006.18 vom 28. April 2006, E. II/3.2).

II. Beschwerden gegen Einspracheentscheide des Migrationsamts

- 85 Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur erwerbslosen Wohnsitznahme; ausreichende finanzielle Mittel; Unterstützung durch Dritte**
Künftige Einnahmen Dritter, die den Übersiedelnden unterstützen, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Kann ein Zusatzeinkommen jedoch nur unter Mitwirkung des Übersiedelnden erzielt werden, wird die Hauptbedingung der erwerbslosen Wohnsitznahme (ausreichende finanzielle Mittel) umgangen (E. II./7.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 27. November 2009 in Sachen I.K. betreffend Aufenthaltsbewilligung zur erwerbslosen Wohnsitznahme (1-BE.2008.37).

Aus den Erwägungen

II. 7.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass bei der Berechnung der finanziellen Mittel zwar auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen, eine wahrscheinliche finanzielle Entwicklung jedoch ebenfalls zu berücksichtigen sei. Sie werde im Falle einer Wohnsitznahme die Betreuung ihres Enkelkindes übernehmen, weshalb ihre Schwiegertochter einer Vollzeitbeschäftigung nachgehen könne und zudem keine Betreuungskosten für ihr Kind mehr anfallen würden. (...)

7.3. (...) Die Beschwerdeführerin macht zwar zu Recht geltend, dass eine wahrscheinliche finanzielle Entwicklung grundsätzlich zu berücksichtigen ist (vgl. BGE 122 II 1, E. 3c). Von einer solchen ist aber in Bezug auf die hier zu beurteilende Konstellation nur dann auszugehen, wenn sie unabhängig von der Bewilligung des Gesuchs um erwerbslose Wohnsitznahme eintritt (wie beispielsweise eine Lohnerhöhung oder der konkret bevorstehende Beginn eines neuen Arbeitsverhältnisses eines Garanten). Vorliegend geht es somit nicht

um eine wahrscheinliche finanzielle Entwicklung im Sinne der zitierten Rechtsprechung, sondern um die Erzielung eines Zusatzeinkommens durch eine Drittperson unter Mitwirkung des Übersiedelnden, womit die Hauptbedingung für die Erteilung einer erwerbslosen Wohnsitznahme umgangen würde. Bei genauer Betrachtung widerspricht es dem Sinn und Zweck einer erwerbslosen Wohnsitznahme, wenn diese einem Garanten indirekt erweiterte Arbeitsmöglichkeiten verschafft und erst durch das erzielte Zusatzeinkommen die erforderliche Leistungsfähigkeit des Garanten erreicht werden kann. Die notwendigen finanziellen Mittel zur erwerbslosen Wohnsitznahme müssen unabhängig von der Übersiedlung in die Schweiz vorhanden sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da die notwendigen finanziellen Mittel nur dann erarbeitet werden können, wenn die Beschwerdeführerin in die Schweiz übersiedelt und die Kindesbetreuung übernimmt. Die so erreichte Leistungsfähigkeit steht zudem unter dem Vorbehalt, dass die Schwiegertochter effektiv ein Zusatzeinkommen erzielen kann. Abgesehen davon, dass dies aufgrund der aktuellen Arbeitsmarktlage keinesfalls garantiert ist, steht auch nicht fest, dass die Familienplanung der 27-jährigen Schwiegertochter definitiv abgeschlossen ist. Selbst wenn die Schwiegertochter ein Zusatzeinkommen erzielen könnte, wäre noch zu klären, ob dieses Einkommen mit Blick auf die Sicherheit der Leistungsfähigkeit überhaupt berücksichtigt werden könnte.

Das in Aussicht gestellte Zusatzeinkommen der Schwiegertochter kann somit nicht berücksichtigt werden.

86 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung; wichtige persönliche Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG

Die in Art. 50 Abs. 2 AuG sowie in der Botschaft exemplarisch aufgezählten wichtigen persönlichen Gründe, welche einen Verbleib in der Schweiz erforderlich machen können, betreffen einerseits besondere Umstände bei der Auflösung der Familiengemeinschaft. Andererseits ist das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles ebenfalls als wichtiger persönlicher Grund im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG zu betrachten (E. II./5.1.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 24. September 2009 in Sachen N.B.A., R.B.R. und A.R.B.R. betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung (1-BE.2009.3).

Aus den Erwägungen

II. 5.1. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin 1 gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG einen Anspruch auf Verbleib in der Schweiz hat, weil wichtige Gründe den Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen. Das Gesetz regelt nicht abschliessend, wann wichtige persönliche Gründe anzunehmen sind. Art. 50 Abs. 2 AuG präzisiert lediglich, dass solche namentlich dann vorliegen können, wenn die Ehegattin oder der Ehegatte Opfer ehelicher Gewalt wurde und die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint. Dem Wortlaut der Bestimmung ist zu entnehmen, dass nicht jeder beliebige Grund zu einem Bewilligungsanspruch führt. Dies ergibt sich auch aus der Formulierung, dass ein Anspruch nur besteht, wenn der weitere Aufenthalt erforderlich ist.

Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang unter dem Titel "Weiterbestand des Aufenthaltsrechts nach Auflösung der Familiengemeinschaft in Härtefällen" Folgendes aus (Botschaft AuG, Ziff. 1.3.7.6, S. 3754):

"Um Härtefälle zu vermeiden, ist vorgesehen, dass das Aufenthaltsrecht der Ehegatten und der Kinder auch nach Auflösung der Ehe oder der gemeinsamen Wohnung weiter besteht, wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Art. 49 [heute Art. 50]). Diese Lösung entspricht weitgehend dem vom Nationalrat gutgeheissenen Vorschlag zur Parlamentarischen Initiative Goll, «Rechte für Migrantinnen» (96.461; siehe auch Ziffer 1.3.7.5).

Ein weiterer Aufenthalt in der Schweiz kann sich etwa dann als erforderlich erweisen, wenn der in der Schweiz lebende Ehepartner verstorben ist oder wenn aufgrund der gescheiterten Ehe die familiäre und soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark erschwert wird. Dies gilt auch, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, zu denen eine enge Beziehung besteht und die in der Schweiz gut integriert sind. Zu berücksichtigen sind

jedoch stets auch die Umstände, die zur Auflösung der Gemeinschaft geführt haben. Steht fest, dass die im Familiennachzug zugelassene Person durch das Zusammenleben in ihrer Persönlichkeit ernstlich gefährdet ist und ihr eine Fortführung der ehelichen Beziehung nicht länger zugemutet werden kann, ist dies beim Entscheid besonders in Rechnung zu stellen.

Demgegenüber ist eine Rückkehr zumutbar, wenn der Aufenthalt in der Schweiz nur kürzere Zeit gedauert hat, keine engen Beziehungen zur Schweiz geknüpft wurden und die erneute Integration im Herkunftsland keine besonderen Probleme stellt. Wichtig ist, dass jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalls geprüft werden. Mit der Gewährung eines gesetzlichen Aufenthaltsrechts wird auch die Praxis in den einzelnen Kantonen harmonisiert. Ein Teil der Vernehmlasser sprach sich auch hier wegen der erwarteten zusätzlichen Belastungen der Rechtspflege gegen neue Aufenthaltsansprüche aus. Sie sind der Ansicht, dass die bereits heute bestehende Möglichkeit einer Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Ermessens in Härtefällen ausreicht."

Die in Art. 50 Abs. 2 AuG sowie in der Botschaft exemplarisch aufgezählten wichtigen persönlichen Gründe, welche einen Verbleib in der Schweiz erforderlich machen können, betreffen einerseits besondere Umstände bei der Auflösung der Familiengemeinschaft. Andererseits ist aufgrund der Erläuterungen der Botschaft zu Art. 50 AuG - nicht zuletzt mit Blick auf den Titel - davon auszugehen, dass der Gesetzgeber das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles ebenfalls als wichtigen persönlichen Grund im Sinne dieser Bestimmung betrachtete. Wichtige persönliche Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG liegen demzufolge zumindest immer dann vor, wenn die Voraussetzungen für einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall erfüllt sind. Davon ging auch der Bundesrat aus, indem er bei der Normierung von Art. 31 VZAE, der die Kriterien für die Prüfung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles umschreibt, unter anderem auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG verwies (vgl. hierzu auch den Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements [EJPD] zum Vernehmlassungsentwurf der VZAE zu Art. 31 VZAE).

- 87 Widerruf der Niederlassungsbewilligung; längerfristige Freiheitsstrafe**
Für die Frage, ob eine längerfristige Freiheitsstrafe vorliegt oder nicht, ist unbeachtlich, ob diese bedingt bzw. teilbedingt ausgesprochen worden sind. Art. 63 Abs. 1 lit. a AuG i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG stellt explizit auf die Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe und nicht auf den Vollzug einer solchen ab (E. II./3.5.).

Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 9. Juli 2009 in Sachen A.A. betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung (1-BE.2008.32).

Bestätigt durch den Entscheid des Bundesgerichts vom 23. Februar 2010 (2C_589/2009).

- 88 Verfahren; Verfahrensbeginn bei von Amtes wegen eingeleiteten Verfahren**
Bei von Amtes wegen eingeleiteten Verfahren wird hinsichtlich des Verfahrensbeginns in der Regel frühestens auf den Zeitpunkt abgestellt, in welchem der ausländischen Person das rechtliche Gehör gewährt wurde (E. II./1.4.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 9. Juli 2009 in Sachen M.C., H.C., H.C. und E.A.C. betreffend Erlöschen der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung (1-BE.2009.9).

Aus den Erwägungen

II. 1.4. [...] Der Aufenthalt einer ausländischen Person stellt aus migrationsrechtlicher Sicht einen Dauersachverhalt dar und muss somit immer wieder kontrolliert bzw. neu geregelt werden. Dem Migrationsamt können durch andere Amtsstellen (oder auch Private) laufend Mitteilungen zugehen, welche in migrationsrechtlicher Hinsicht von Relevanz sein können (beispielsweise Mitteilungen betreffend Wohnsitzwechsel, Trennung oder Scheidung, strafrechtliche Vorfälle sowie Hinweise auf den tatsächlichen Aufenthalt einer Person). Bei Eingang solcher Informationen muss das Migrationsamt

unter Umständen weitere Abklärungen treffen. Allenfalls werden dabei die betroffenen Ausländer aufgefordert, Fragen zu ihren persönlichen Verhältnissen zu beantworten, oder aber das Migrationsamt holt selbständig ergänzende Auskünfte bei anderen Amtstellen ein. Kommt das Migrationsamt im Zuge dieser Nachforschungen zum Schluss, dass eine migrationsrechtliche Massnahme angezeigt erscheint, wird der betroffenen Person diesbezüglich das rechtliche Gehör gewährt.

Vor diesem Hintergrund kann - auch aus Gründen der Rechtssicherheit - nicht bereits dann von der Einleitung eines migrationsrechtlichen Verfahrens von Amtes wegen ausgegangen werden, wenn das Migrationsamt erste Schritte zur Klärung offener Sachverhaltsfragen unternimmt. Vielmehr bedarf es konkreter Hinweise auf die Verfahrenseinleitung, weshalb in der Regel frühestens auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in welchem der ausländischen Person das rechtliche Gehör im Hinblick auf eine beabsichtigte migrationsrechtliche Massnahme gewährt wurde (vgl. auch BGE 2C_745/2008 vom 24. Februar 2009, E. 1.2.4).

Nach dem Gesagten wurde das vorliegende Verfahren erst mit Schreiben des Migrationsamtes vom 7. Februar 2008 eingeleitet, mit welchem den Beschwerdeführern das rechtliche Gehör im Hinblick auf die beabsichtigte migrationsrechtliche Massnahme gewährt wurde. Besondere Umstände, welche den Schluss nahelegen würden, das Verfahren sei bereits vor der Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeleitet worden, sind in casu nicht ersichtlich.

89 Rechtliches Gehör

Behörden müssen aufgrund der Untersuchungsmaxime angebotene Beweise abnehmen, sofern damit Umstände bewiesen werden sollen und können, die für den Ausgang des Verfahrens von Relevanz sind. Werden Beweise rechtzeitig offeriert, kann einem Betroffenen nicht vorgehalten werden, er hätte während des laufenden Verfahrens ausreichend Zeit gehabt, die angebotenen Beweise aus eigenem Antrieb vorzulegen. Es ist Aufgabe der Behörden, die abzunehmenden Beweise zu bestimmen und einen Betroffenen aufzufordern, die angebotenen Beweise zu erbringen. I.c. hat der Beschwerdeführer sein Rückenleiden offensichtlich übertrie-

ben dargestellt, weshalb das behauptete schwere Rückenleiden nicht bewiesen werden konnte. Unter diesen Umständen darf er sich indessen nicht darauf berufen, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, weil sie ein rechtzeitig angebotenen Beweis nicht abgenommen habe (E. II./2.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 15. Mai 2009 in Sachen S.K. betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung (1-BE.2008.28).

90 Rechtsverweigerung; Ausstellen des Ausländerausweises

I.c. wurde der beantragte Familiennachzug durch das Migrationsamt mit entsprechendem Beschluss bewilligt (E. II./3.1.). Selbst wenn man davon ausginge, dieser Beschluss sei lediglich als Zusicherung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligungen zu qualifizieren, haben die betroffenen Personen grundsätzlich Anspruch auf Erteilung der zugesicherten Bewilligungen (E. II./3.4.).

Der Ausländerausweis stellt keine Bewilligung dar, sondern setzt eine solche voraus. Wurde der Aufenthalt bewilligt, sind Ausländerausweise den Betroffenen spätestens nach der Einreise auszuhändigen und so lange zu belassen, als sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten (E. II./4.)

Die Nichtaushändigung der Ausweise während über eines Jahres stellt eine Rechtsverweigerung dar (E. II./5.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 15. Dezember 2009 in Sachen A.H.Z., N.A.H.Z., G.A.H.Z., M.A.H.Z., S.A.H.Z., A.H.Z. und M.A.H.Z. betreffend Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (1-BE.2009.25).

Aus den Erwägungen

II. 3.1. Vorab ist festzuhalten, dass das Migrationsamt das Gesuch um Nachzug der Beschwerdeführer 2 bis 7 mit Entscheid vom 24. Juli 2008 bewilligt hatte. Dies geht einerseits aus dem Beschluss hervor, der durch den zuständigen Sektionschef und den mit dem Fall

offenbar betrauten Mitarbeiter unterzeichnet wurde ("Nach Aktenstudium und Beratung des Falls beschliessen die Unterzeichner: - der Familiennachzug wird bewilligt.") und andererseits aus der telefonischen Mitteilung an die damalige Vertreterin der Beschwerdeführer ("Mitteilung an Rechtsvertreterin, dass FN bewilligt wurde und dass das Migrationsamt des Kantons Aargau die Schweizerische Vertretung in Tansania ermächtigen wird, für die Kinder Einreisevisa auszufertigen.").

Von einer bereits erteilten Bewilligung ist auch deshalb auszugehen, weil nicht ersichtlich ist und dem Gesetz auch nicht entnommen werden kann, inwiefern die Migrationsbehörden mit Blick auf die Bewilligungserteilung noch Handlungen vornehmen oder Entscheide fällen müssten, um die Bewilligungserteilung abzuschliessen.

Bezüglich der heute über 18-jährigen Beschwerdeführerin 2 liegt mit der durch das BFM erteilten Visumsermächtigung zudem implizit die erforderliche Zustimmung des BFM vor.

Anders wäre allenfalls dann zu entscheiden, wenn nicht eine klare Bewilligungserteilung sondern lediglich eine Zusicherung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verfügt worden wäre. Davon kann jedoch vorliegend aufgrund der unmissverständlichen Aktenlage keine Rede sein.

An der bereits erteilten Bewilligung ändert überdies auch nichts, dass die Vorinstanz mit Einspracheentscheid vom 8. April 2008 die Sache zur Vornahme weiterer Sachverhaltsabklärungen und zur Fällung eines neuen Entscheids im Sinne der Erwägungen an die zuständige Sektion des Migrationsamtes zurückgewiesen hatte. Es steht dem Rechtsdienst als Rechtsmittelbehörde zwar zu, eine Verfügung des Migrationsamtes aufzuheben und das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhaltes und zur Fällung eines neuen Entscheids zurückzuweisen. Dies bedeutet aber nicht, dass das Migrationsamt im Anschluss daran nicht aufgrund weiterer Überlegungen (insbesondere einer antizipierten Beweiswürdigung) zum Schluss kommen kann, ein beantragter Familiennachzug sei nun ohne weitere Sachverhaltsabklärungen zu bewilligen.

(...)

3.4. Selbst wenn man überdies davon ausginge, der Familiennachzug sei noch nicht bewilligt worden, würde dies nicht bedeuten, dass das Migrationsamt vollkommen frei wäre, nach Einreise der Betroffenen während Monaten weitere Abklärungen vorzunehmen.

3.4.1. Sowohl unter altem als auch unter neuem Verfahrensrecht wird der bewilligungspflichtige Aufenthalt (ohne Erwerbstätigkeit) in der Schweiz nach der Anmeldung der ausländischen Person geregelt (Art. 2 Abs. 1 ANAG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 ANAV, Art. 10 Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 VZAE).

Geht man davon aus, die "Regelung des Aufenthalts" nach erfolgter Einreise beinhalte auch die definitive Bewilligungserteilung und diese könne zwingend nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen, so wären der Beschluss vom 24. Juli 2008 und die anschließenden Visumsermächtigungen für die Beschwerdeführer 2 bis 7 nicht als Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen, sondern lediglich als Zusicherungen zur Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen zu qualifizieren (vgl. BGE 2A.2/2000 vom 16. Mai 2000, E. 3a).

Dies bedeutete jedoch nicht, dass das Migrationsamt die Erteilung der zugesicherten Aufenthaltsbewilligungen nach erfolgter Einreise nach Belieben hinauszögern könnte. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben ausländische Personen, denen eine Aufenthaltsbewilligung zugesichert worden ist, grundsätzlich einen Rechtsanspruch, dass ihnen die zugesicherte Bewilligung erteilt wird (vgl. BGE 102 Ib 97, E. 1; BGE 2A.2/2000 vom 16. Mai 2000, E. 3b, BGE 2A.100/2003 vom 3. November 2003, E. 4.3). Eine Verweigerung der Bewilligungserteilung ist nur bei Vorliegen besonderer Gründe zulässig. In analoger Anwendung der Widerrufsvoraussetzungen ist nach Treu und Glauben zwischen den Interessen der gesuchstellenden Person, dass sich die Behörde an die Zusicherung hält, und dem öffentlichen Interesse an der rechtsgleichen Erteilung migrationsrechtlicher Bewilligungen abzuwägen. Bei dieser Interessenabwägung ist gegebenenfalls auch ein unbeabsichtigter Irrtum der Behörde in Betracht zu ziehen, wenn es sich im Lichte des wahren Sachverhaltes rechtfertigt, eine zugesicherte Bewilligung nicht zu erteilen (BGE 102 Ib 97, E. 4a).

3.4.2. Im vorliegenden Fall hätte dies zur Folge, dass die Beschwerdeführer 2 bis 7 nach der Mitteilung des Beschlusses vom 24. Juli 2008 und dem Erhalt der entsprechenden Visumsermächtigungen darauf vertrauen durften, dass ihnen nach der Einreise in die Schweiz Aufenthaltsbewilligungen zum Verbleib beim Beschwerdeführer 1 erteilt würden.

Das berechnete Vertrauen der Beschwerdeführer 2 bis 7 in die Bewilligungserteilung wäre nicht bereits dadurch zerstört worden, dass eine juristische Mitarbeiterin des Migrationsamtes der damaligen Rechtsvertreterin am 10. September 2008 telefonisch mitteilte, dass aus Sicht der Amtsleitung ein Fehlentscheid ergangen sei. Ungeachtet der Frage, ob diese bloss mündliche Auskunft überhaupt geeignet gewesen wäre, die vorhandene Vertrauensgrundlage in Form der schriftlichen Zusicherung der Einreiseerlaubnis zu erschüttern, könnte aufgrund der Akten nicht leichthin davon ausgegangen werden, dass es der damaligen Rechtsvertreterin bzw. dem Beschwerdeführer 1 noch möglich gewesen wäre, die Beschwerdeführer 2 bis 7 rechtzeitig über das fragliche Telefonat zu informieren und von der Abreise aus Tansania abzuhalten.

Gemäss den Akten sind die Beschwerdeführer 2 bis 7 am 11. September 2008 aus ihrem Heimatland abgereist. Es erscheint zumindest nicht unwahrscheinlich, dass es der damaligen Rechtsvertreterin bzw. dem Beschwerdeführer 1 am Tag vor der Abreise nicht gelungen ist, seine Kinder telefonisch zu erreichen. Erst recht kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Abreisedatum von den Beschwerdeführern bewusst gewählt wurde, um einer allfälligen Annullation der Einreisevisa zuvorzukommen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Planung der Reise für sechs Kinder von Tansania in die Schweiz zumindest mehrere Tage bzw. Wochen in Anspruch nimmt. Nach dem Gesagten würden sich aus den Akten keine genügenden Anhaltspunkte ergeben, dass die Beschwerdeführer 2 bis 7 im Zeitpunkt der Abreise aus Tansania nicht mehr auf die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen hätten vertrauen dürfen. Bei dieser Sachlage würde es keine Rolle spielen, dass die damaligen Rechtsvertreterin und unter Umständen auch der Beschwerdeführer 1 be-

reits vom Meinungsumschwung innerhalb des Migrationsamtes erfahren hatten.

Gegen ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Bewilligungsverweigerung würde sodann sprechen, dass in casu kein unbeabsichtigter Irrtum vorliegt, sondern die zuständigen Personen einen Entscheid gefällt haben, der grundsätzlich in ihrem Kompetenzbereich liegt. Trotz der vorgängigen Rückweisung durch die Vorinstanz mit der Anweisung zu ergänzender Sachverhaltsabklärung ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die erstinstanzlich zuständige Behörde nach einer erneuten Überprüfung der Akten im Lichte der Erwägungen der Einspracheinstanz zum Schluss gelangt, dass zugunsten der betroffenen Personen auf (weitere) Abklärungen vor Ort verzichtet werden kann. Für die Beschwerdeführer war im Zeitpunkt der Mitteilung des Beschlusses vom 24. Juli 2008 im Übrigen nicht zweifelsfrei erkennbar, ob das Migrationsamt gänzlich auf Abklärungen verzichtet hatte, oder ob nach der letzten Mitteilung vom 7. Juli 2008 - trotz Ferienabwesenheit des mit dem Fall betrauten Mitarbeiters - allenfalls gewisse Sachverhaltsabklärungen getätigt worden waren. Dies hat umso mehr zu gelten, als Sachverhaltsnachforschungen betreffend die Beziehungsverhältnisse vor Ort, wie sie von der Vorinstanz im Einspracheentscheid vom 8. April 2008 verlangt wurden, nicht zwingend unter Beteiligung der direkt betroffenen Personen durchgeführt werden müssen, sondern unter Umständen auch von einem Vertrauensanwalt im weiteren Umfeld dieser Personen erhoben werden können.

Schliesslich ergeben sich aus den Akten auch keine Hinweise, dass der Bewilligungserteilung im Zeitpunkt der Anmeldung offensichtliche andere Gründe - insbesondere ein Widerrufsgrund - entgegenstanden hätten.

3.4.3. Vor diesem Hintergrund würde das Interesse der Beschwerdeführer an der Bewilligungserteilung überwiegen. Nachdem das Migrationsamt die Erteilung der Bewilligung mit dem Hinweis, es seien zusätzliche Sachverhaltsabklärungen erforderlich, während Monaten hinausgezögert hat und sich nicht bei der ursprünglich abgegebenen Zusicherung behaften lassen will, würde bereits in dieser Hinsicht eine Rechtsverweigerung vorliegen.

(...)

4. Ausländerinnen und Ausländer erhalten gemäss Art. 41 Abs. 1 AuG mit der Bewilligung in der Regel einen entsprechenden Ausweis. Art. 71 VZAE konkretisiert, dass Ausländerinnen und Ausländer, die einer Bewilligungspflicht unterstehen, einen Ausländerausweis erhalten. Abs. 2 statuiert sodann eine Ausnahme von diesem Grundsatz, der im vorliegenden Fall jedoch nicht von Belang ist. Gemäss Art. 72 VZAE sind Ausländerinnen und Ausländer verpflichtet, den Ausländerausweis den Behörden auf Verlangen vorzuweisen oder innerhalb einer angemessenen Frist vorzulegen. Den Weisungen ist zudem Folgendes zu entnehmen (Weisungen BFM zum AuG vom 1. Juli 2009; Ziffer 3.1.7): "Kann er [der Ausweis] nicht vorgewiesen werden, ist bis zum Nachweis des Gegenteils davon auszugehen, dass die Ausländerin oder der Ausländer keine Bewilligung besitzt."

Nach dem Gesagten erhellt klar, dass der Ausländerausweis ein Dokument darstellt, welches den Betroffenen bescheinigt, dass und unter welchem Titel sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten. Der Ausweis stellt nicht eine Bewilligung dar, sondern setzt eine solche voraus. Wurde der Aufenthalt bewilligt, sind die Ausländerausweise spätestens nach der Einreise der Betroffenen unverzüglich auszuhändigen und so lange zu belassen, als sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten. Nur so können die Betroffenen gegenüber Behörden und Dritten belegen, dass sie sich mit Bewilligung in der Schweiz aufhalten. Die Nichtaushändigung der Ausweise ist genauso wenig statthaft wie der Einzug der Ausweise während eines laufenden Verfahrens (so auch Peter Bolzli, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht, Zürich 2008, N 1 zu Art. 41).

Es ist auch nicht ersichtlich, gestützt auf welche Bestimmung die Migrationsbehörden berechtigt wären, die Aushändigung des Ausweises nach erteilter Aufenthaltsbewilligung von weiteren Abklärungen abhängig zu machen.

Zwar ist es den Behörden selbstverständlich unbenommen, bei Vorliegen entsprechender Anzeichen, gestützt auf Art. 62 f. AuG ein Verfahren betreffend Widerruf der erteilten Bewilligung einzuleiten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass während der Dauer des Verfahrens der Ausländerausweis zurückbehalten oder eingezogen werden dürf-

te. Vielmehr ist den Betroffenen der Ausweis auszuhändigen oder zu belassen, da sie sich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens rechtmässig in der Schweiz aufhalten und dies gemäss Art. 72 VZAE durch Vorweisung des Ausweises belegen können müssen.

5. Im vorliegenden Fall wurde der Familiennachzug der Beschwerdeführer 2 bis 7 am 24. Juli 2008 bewilligt. Nach ihrer Einreise in die Schweiz am 12. September 2008 haben sie sich in ihrer Wohngemeinde angemeldet und mehrfach um Aushändigung der Ausländerausweise ersucht. Trotz ihrer Bemühungen hat das Migrationsamt bis zum heutigen Zeitpunkt die Aushändigung der Ausweise verweigert, ohne dass dafür eine Rechtsgrundlage bestanden hätte. Die Nichtaushändigung der Ausweise während über eines Jahres stellt damit nicht mehr nur eine Rechtsverzögerung, sondern eine Rechtsverweigerung dar.

(...)

91 Verfahren; Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens

Personen, die für einen bloss vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, haben gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG den Entscheid grundsätzlich im Ausland abzuwarten. A fortiori gilt dies auch für illegal Anwesende (E. II./3.2.).

Der vom Migrationsamt ausdrücklich "tolerierter" Aufenthalt stellt i.c. keinen Verzicht auf Vollzugsmassnahmen, sondern die Erteilung einer provisorischen Aufenthaltsbewilligung dar (E. II./4.2.).

Die Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG gelten als offensichtlich erfüllt, wenn die Chancen der Bewilligungserteilung als bedeutend höher einzustufen sind als diejenigen der Bewilligungsverweigerung. Dass für eine Erteilung der Bewilligung allenfalls weitere Abklärungen erforderlich sind, lässt nicht darauf schliessen, es fehle bereits deswegen am offensichtlichen Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen (E. II./5.2.3.).

In Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG ist zu prüfen, ob im konkreten Fall angesichts der auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interes-

sen der weitere Aufenthalt in der Schweiz für die Dauer des Familiennachzugsverfahrens zu bewilligen ist (E. II./5.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. Oktober 2009 in Sachen I.Y. betreffend Aufenthalt während des Familiennachzugsverfahrens (1-BE.2009.34).

Sachverhalt

Der Beschwerdeführer war vom 15. September 2000 bis am 31. Juli 2007 mit einer Schweizer Bürgerin verheiratet und verfügte über eine Aufenthaltsbewilligung des Kantons Zürich. Mit Verfügung vom 24. Juli 2007 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich sein Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bzw. um Erteilung der Niederlassungsbewilligung mit der Begründung ab, er sei eine Scheinehe eingegangen.

Nachdem sich der Beschwerdeführer gegen diese Verfügung erfolglos beim Regierungsrat und vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich gewehrt hatte, focht er das Urteil des Verwaltungsgerichts vor Bundesgericht an.

Am 20. Februar 2009 heiratete der Beschwerdeführer erneut eine Schweizer Bürgerin. Daraufhin meldete er sich in der Gemeinde V. an und stellte am 23. Februar 2009 ein Gesuch um Kantonswechsel. Mit Schreiben vom 6. März 2009 teilte das Migrationsamt des Kantons Aargau (Migrationsamt) dem Beschwerdeführer mit, dass sein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Kanton Aargau erst nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens behandelt werden könne und sein Aufenthalt im Kanton Aargau bis zu diesem Zeitpunkt "formlos toleriert" werde.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil vom 22. April 2009 ab, soweit es darauf eintrat. Mit Schreiben vom 22. Mai 2009 forderte das Migrationsamt des Kantons Zürich den Beschwerdeführer auf, das zürcherische Kantonsgebiet bis zum 31. Juli 2009 zu verlassen und ersuchte das Bundesamt für Migration (BFM) um Ausdehnung der kantonalen

Wegweisung auf das ganze Gebiet der Schweiz. Die daraufhin erlassene Ausdehnungsverfügung erwuchs offenbar unangefochten in Rechtskraft.

Am 16. Juli 2009 reichte die Ehefrau für den Beschwerdeführer bei der Einwohnerkontrolle V. ein Familiennachzugsgesuch ein. Mit Eingabe des damaligen Rechtsvertreters vom 29. Juli 2009 wurde darum ersucht, es sei dem Gesuchsteller unverzüglich der vorläufige Aufenthalt im Kanton Aargau sowie die einstweilige Fortführung der bisherigen Arbeitstätigkeit zu gestatten. Mit Schreiben vom 6. August 2009 teilte das Migrationsamt mit, dass der Beschwerdeführer zur Zeit keine Aufenthaltsbewilligung mehr in der Schweiz besitze, weshalb er auch nicht zur Erwerbstätigkeit zugelassen sei.

Mit Verfügung vom 10. September 2009 lehnte das Migrationsamt das Gesuch des Beschwerdeführers um Aufenthalt im Kanton Aargau für die Dauer des Familiennachzugsverfahrens ab.

Aus den Erwägungen

II. 3.1. Während eines hängigen Bewilligungsverfahrens gelten bezüglich der aufschiebenden Wirkung und der Anordnung vorsorglicher Massnahmen die allgemeinen verfahrensrechtlichen Prinzipien. Aufgrund der konkreten Interessenlage im jeweiligen Einzelfall ist es nicht ausgeschlossen und mitunter gegenüber bereits anwesenden Personen sogar geboten, vorsorglich den (weiteren) Aufenthalt zu bewilligen (Peter Uebersax, Einreise und Anwesenheit, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Ausländerrecht, Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 7.331).

3.2. Ausländische Personen, die in der Schweiz bereits über eine Bewilligung verfügen, dürfen sich während eines laufenden Verfahrens ohne gegenteilige behördliche Anordnung weiterhin hier aufhalten (vgl. Art. 66 AuG). Demgegenüber haben Personen, die für einen bloss vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG - anders als noch unter altem

Recht (vgl. Art. 1 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV] vom 1. März 1949) - den Entscheid grundsätzlich im Ausland abzuwarten. A fortiori muss dies auch für illegal Anwesende gelten (Uebersax, a.a.O., Rz. 7.332).

3.3. Auf der anderen Seite kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens namentlich gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden (Art. 17 Abs. 2 AuG). Dies entspricht einer summarischen Würdigung der Erfolgsaussichten (sog. "Hauptsachenprognose"), wie sie bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen allgemein mitzubewertenden ist (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2). Gemäss Art. 6 Abs. 1 VZAE sind die Zulassungsvoraussetzungen insbesondere dann offensichtlich erfüllt, wenn die eingereichten Unterlagen einen gesetzlichen oder völkerrechtlichen Anspruch auf die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen, keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen und die betroffene Person der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AuG nachkommt. Der Grundsatz, wonach (erstmalige) Bewilligungsentscheide im Ausland abzuwarten sind, kommt also vor allem bei Ermessensbewilligungen und nur ausnahmsweise bei Anspruchsbewilligungen zum Tragen (Uebersax, a.a.O., Rz. 7.331 f.).

4.1. Wie aus den Akten hervorgeht, war der Beschwerdeführer seit dem Jahre 2000 im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung für den Kanton Zürich. Nach dem Abschluss des dortigen Aufenthaltsverfahrens mit Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2009 und der anschliessenden, unangefochten in Rechtskraft erwachsenen Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf das ganze Gebiet der Schweiz (vgl. Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG] vom 26. März 1931) wurde dem Beschwerdeführer eine Ausreisefrist bis zum 31. Juli 2009 angesetzt. Bei der Einreichung des Familiennachzugsgesuchs vom 16. Juli 2009 hielt sich der Beschwerdeführer demnach zwar noch legal in der Schweiz auf, verfügte jedoch nicht mehr über eine kantonale Aufenthaltsbewilligung. Dementsprechend hat der Beschwerdeführer den

Ausgang des Familiennachzugsverfahrens ohne gegenteilige behördliche Anordnung im Ausland abzuwarten.

4.2. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle auf den Brief des Migrationsamtes vom 6. März 2009 einzugehen. In diesem Schreiben wurde dem Beschwerdeführer nach Eingang des Gesuchs um Bewilligung des Kantonswechsels vom 23. Februar 2009 mitgeteilt, dass sein Aufenthalt im Kanton Aargau bis zum rechtskräftigen Abschluss des vor dem Bundesgericht hängigen ausländerrechtlichen Verfahrens formlos "toleriert" werde. Die vom Migrationsamt verwendete, im Gesetz nicht vorgesehene Terminologie kann sowohl als Einräumung einer vorläufigen Aufenthaltsbewilligung als auch als blosser Verzicht auf Vollzugsmassnahmen verstanden werden. Letzteres hätte eine zumindest formlose Wegweisung vorausgesetzt (vgl. Art. 37 AuG in Verbindung mit Art. 64 AuG), was dem fraglichen Schreiben indessen nicht entnommen werden kann. Der tolerierte Aufenthalt stellt damit keinen Verzicht auf Vollzugsmassnahmen dar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer im Kanton Aargau ab dem 6. März 2009 über eine provisorische Aufenthaltsbewilligung verfügte. Nachdem das BFM aber zu einem späteren Zeitpunkt die Wegweisung aus dem Kanton Zürich auf das ganze Gebiet der Schweiz ausgedehnt hat und der Beschwerdeführer diese Verfügung in Rechtskraft erwachsen liess, beschlägt die Ausdehnungsverfügung des BFM auch die durch das aargauische Migrationsamt erteilte provisorische Aufenthaltsbewilligung. Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführer aus dem "tolerierten" Aufenthalt nichts mehr zu seinen Gunsten ableiten.

Aufgrund der im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2009 im Ausdehnungsverfahren erfolgten rechtskräftigen Wegweisung aus der Schweiz ist es für den aktuellen rechtlichen Status des Beschwerdeführers letztlich ebenfalls unerheblich, ob sich die Einwohnerkontrolle V. - wie dies vom Beschwerdeführer substantiiert dargelegt wird - zu einem früheren Zeitpunkt geweigert hatte, ein erstes Familiennachzugsgesuch vom März 2009 an das Migrationsamt weiterzuleiten.

5.1. Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer der weitere Aufenthalt in der Schweiz für die Dauer des Familien-

nachzugsverfahrens gestützt auf Art. 17 Abs. 2 AuG vorsorglich zu gestatten ist (vgl. § 46 Abs. 2 VRPG) bzw. ob die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, der Beschwerdeführer müsse den Ausgang des Verfahrens in seinem Heimatland abwarten.

5.2.1. Ob dem Beschwerdeführer der weitere Aufenthalt vorläufig zu gestatten ist bzw. hätte gestattet werden müssen, hängt gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 VZAE namentlich davon ab, ob er mit den eingereichten Unterlagen seinen gesetzlichen Anspruch auf Familiennachzug nach Art. 42 Abs. 1 AuG zu belegen vermag, keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen und er seiner Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AuG nachkommt.

5.2.2. Aus den vorliegenden Akten geht nicht hervor, dass der Beschwerdeführer seine Mitwirkungspflicht im Verfahren verletzt hätte (vgl. Art. 90 AuG) oder Widerrufsgründe bestehen würden (vgl. Art. 62 AuG). Die Vorinstanz führt diesbezüglich in ihrem ablehnenden Entscheid denn auch lediglich aus, dass es nicht genüge, wenn sich der Beschwerdeführer wegen der Heirat mit einer Schweizer Bürgerin auf Art. 42 AuG berufen könne. Vielmehr dürfe sich aus den Akten auch nichts ergeben, was den Anspruch mit Blick auf Art. 51 Abs. 1 AuG fraglich erscheinen lasse und weitere Abklärungen durch die erstinstanzliche Behörde erfordere.

5.2.3. Der Argumentation der Vorinstanz ist insofern beizupflichten, als das Belegen eines gesetzlichen Anspruches nach Art. 42 Abs. 1 AuG auch den Nachweis mitumfasst, dass kein Erlöschensgrund nach Art. 51 Abs. 1 AuG besteht. Nach Auffassung des Rekursgerichts trifft es indessen nicht zu, dass es in jedem Fall bereits dann am offensichtlichen Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AuG fehlt, wenn weitere Abklärungen erforderlich sind. Eine solch restriktive Auslegung hätte zur Folge, dass die fragliche Bestimmung ihres praktischen Anwendungsbereichs beraubt würde. Kommt die zuständige Migrationsbehörde zum Schluss, dass die Bewilligungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind und es keinerlei weiteren Abklärungen bedarf, ist der gesuchstellenden Person nicht der vorläufige Aufenthalt zu gestatten, sondern die beantragte Bewilligung auszustellen. Wenn Art. 17 Abs. 2 AuG verlangt, dass die Zulassungsvoraussetzungen

offensichtlich erfüllt sind, kann der gesuchstellenden Person der (weitere) Aufenthalt in der Schweiz unter Umständen vielmehr bereits dann gestattet werden, wenn die Chancen der Bewilligungserteilung als bedeutend höher einzustufen sind als diejenigen der Bewilligungsverweigerung. Entsprechend bedarf es insbesondere bei Bewilligungen, auf deren Erteilung ein gesetzlicher und mit Beweismitteln belegter Anspruch besteht, hinreichend konkreter Indizien für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs, um das offensichtliche Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AuG verneinen zu können.

5.2.4. Die Vorinstanz führt zu Ungunsten des Beschwerdeführers insbesondere an, dass er einer früheren Scheinehe überführt worden sei und die damalige Verbindung Ähnlichkeiten (bevorstehende Wegweisung, Altersunterschied, Möglichkeit einer im Heimatland geführten Parallelehe) zur heutigen Ehe aufweise. Dem ist grundsätzlich beizupflichten. Auf der anderen Seite ist jedoch auch festzustellen, dass der Beschwerdeführer mit seiner Einsprache vom 16. September 2009 eine Vielzahl substantiiertes Referenzschreiben sowie eine umfangreiche Dokumentation über das durchgeführte Hochzeitsfest eingereicht hat. Diese, sowie die weiteren vorgelegten Beweismittel stützen die Darstellung des Beschwerdeführers, wonach der Eheschliessung eine längere Bekanntschaftszeit (seit Juni 2006) vorausgegangen sei, es sich bei der Eheschliessung um eine Liebesheirat gehandelt habe, er mit seiner Ehefrau einen gemeinsamen Haushalt führe, eine intime Beziehung mit ihr unterhalte und das Paar nach aussen hin zusammen auftrete. Bei dieser Sachlage bestehen im heutigen Zeitpunkt erhebliche Zweifel, ob dem früheren Eingehen einer Scheinehe noch entscheidende Bedeutung beigemessen werden kann. Im Weiteren ist der angeführte Altersunterschied der Eheleute nicht besonders aussergewöhnlich (weniger als zehn Jahre) und im Übrigen geringer als bei der früheren ehelichen Beziehung des Beschwerdeführers mit einer Schweizer Bürgerin. Aus dem blossen Umstand, dass der Beschwerdeführer nach seiner Wegweisung aus dem Kanton Zürich in der Schweiz erneut geheiratet hat, kann schliesslich ebenfalls nichts zu seinen Ungunsten abgeleitet werden. Überdies hat der Beschwerdeführer zu einem Zeitpunkt ge-

heiratet, als er noch nicht wusste, ob das Bundesgericht seine frühere Ehe effektiv als Scheinehe qualifizieren und die Wegweisung bestätigen würde. Insofern drohte im Zeitpunkt der Heirat auch nicht unmittelbar die Wegweisung. Aus der mit einer Eheschliessung verfolgten Absicht, dem Ehepartner den (weiteren) Aufenthalt in der Schweiz zu ermöglichen, kann auch nicht bereits auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten geschlossen werden. Rechtsmissbrauch liegt nur dann vor, wenn die eheliche Gemeinschaft nicht wirklich gewollt war (vgl. Andreas Zünd/Ladina Arquint Hill, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Ausländerrecht, Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 8.50).

5.2.5. Das von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang angeführte Urteil des Bundesgerichts (BGE 2C_35/2009 vom 13. Februar 2009, E. 6.5) lässt sich im Übrigen nur beschränkt mit dem vorliegend zu beurteilenden Fall vergleichen. Im erwähnten Entscheid betreffend Ausschaffungshaft verfügte das Bundesgericht nur über eine stark eingeschränkte Kognition zur Überprüfung des Wegweisungsentscheides (vgl. BGE 128 II 1933 E. 2.2.2). Dementsprechend hielt das Bundesgericht fest, dass der Entscheid der kantonalen Migrationsbehörde, dem Betroffenen den Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens nicht zu gestatten, beim Bestehen mehrerer Anzeichen für eine Scheinehe sowie einer Verletzung der Mitwirkungspflicht bzw. Hinweisen auf eine nicht unerhebliche Straffälligkeit im Ausland nicht "augenfällig unzulässig" sei. Daraus kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass die Erforderlichkeit weiterer Sachverhaltsabklärungen einer Bewilligung des vorläufigen Aufenthalts in der Schweiz generell entgegenstehen würde. Zudem geht aus dem zitierten Urteil des Bundesgerichts nicht hervor, ob die entsprechenden Akten neben den erwähnten Hinweisen, die das Bestehen eines gesetzlichen Bewilligungsanspruches fraglich erscheinen liessen, auch gewichtige Elemente enthielten, die - wie in casu - für das Bestehen einer tatsächlichen ehelichen Gemeinschaft und somit gegen eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Anspruchs auf Fa-

miliennachzug sprachen (vgl. Art. 42 AuG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 lit. a AuG).

5.2.6. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen kommt das Rekursgericht zum Schluss, dass das Migrationsamt das Gesuch um vorläufigen Aufenthalt gestützt auf die damalige Aktenlage zwar noch zu Recht abgelehnt hat. Aufgrund der im Einspracheverfahren durch den Beschwerdeführer eingereichten Beweismittel hätte die Vorinstanz indessen nicht unbesehen an der Auffassung festhalten dürfen, die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung seien nicht offensichtlich erfüllt im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AuG. Eine solche Schlussfolgerung wäre angesichts der veränderten Aktenlage allenfalls dann zulässig gewesen, wenn weitere Sachverhaltsabklärungen - beispielsweise die Befragung der Eheleute - durchgeführt worden wären und diese die bestehenden Anhaltspunkte, wonach es sich bei der am 20. Februar 2009 mit einer Schweizer Bürgerin geschlossenen Ehe (erneut) um eine Scheinehe handeln könnte, massgeblich erhärtet hätten.

5.3.1. Neben der summarischen materiellen Würdigung des Familiennachzugsgesuchs im Lichte von Art. 17 Abs. 2 AuG ist - entsprechend den allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 335) - zusätzlich zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer angesichts der auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interessen für die Dauer des Familiennachzugsverfahrens der weitere Aufenthalt in der Schweiz zu bewilligen ist bzw. von der Vorinstanz hätte bewilligt werden müssen.

5.3.2. Der Beschwerdeführer lebt seit bald elf Jahren in der Schweiz. Diese lange Aufenthaltsdauer muss zwar insofern relativiert werden, als sie letztlich darauf zurückzuführen ist, dass der Beschwerdeführer während Jahren eine Scheinehe geführt hat. Zu seinen Gunsten ist jedoch zu berücksichtigen, dass aus den vorliegenden Akten keine Hinweise ersichtlich sind, dass er in dieser Zeit je strafrechtlich in Erscheinung getreten wäre oder sonst wie zu Klagen Anlass gegeben hätte. Im Weiteren ist der Beschwerdeführer offenbar wirtschaftlich selbstständig und arbeitet von März 2005 bis Au-

gust 2009 beim gleichen Arbeitgeber als Fassadenisoleur. Bereits ab 8. September 2009 hatte er eine neue Arbeitsstelle in Zürich gefunden. Daran ändert auch nichts, dass ihm das Migrationsamt die Arbeitsaufnahme untersagte. Auch wenn aus einem drohenden Stellenverlust gemäss Art. 6 Abs. 2 VZAE für sich alleine keine Ansprüche im Bewilligungsverfahren abgeleitet werden können, ist ein solcher Umstand doch im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen (vgl. Marc Spescha, in: Kommentar Migrationsrecht, Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli [Hrsg.], Zürich 2008, N 3 zu Art. 17 AuG). Aufgrund der bestehenden Ehe mit einer Schweizer Bürgerin kann sich der Beschwerdeführer zudem auf ein starkes privates Interesse berufen, das Aufenthaltsverfahren in der Schweiz abwarten zu dürfen, zumal es der Ehefrau nicht zuzumuten sein dürfte, ihrem Mann für die Dauer des Aufenthaltsverfahrens in die Türkei zu folgen. Auch wenn darin noch keine Verletzung von Art. 8 EMRK erkannt werden kann, ist dieser Aspekt ebenfalls mitzuberücksichtigen. Auf der anderen Seite besteht aufgrund der früheren Scheinehe ein erhöhtes öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers. Diesem öffentlichen Interesse stehen jedoch - wie gezeigt wurde - gewichtige private Interessen gegenüber, welche diese - zumindest solange nicht gewichtigere Indizien für das Bestehen einer (erneuten) Scheinehe vorliegen - aufzuwiegen vermögen.

5.4. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung der materiellen Erfolgsaussichten sowie der auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interessen erweist sich die Weigerung der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer den weiteren Aufenthalt für die Dauer des Familiennachzugsverfahrens in der Schweiz zu erlauben, angesichts der derzeitigen Aktenlage als unverhältnismässig.

5.5. Aufgrund des bloss vorläufigen Charakters der Massnahme ist es der Vorinstanz bzw. dem Migrationsamt indes unbenommen, bei einer wesentlichen Veränderung der Aktenlage jederzeit auf den Entscheid betreffend die Aufenthaltsgewährung für die Dauer des Verfahrens zurückzukommen (vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61.77, E. 2c). Ein solches Zurückkommen auf die vorläufige Aufenthaltsbewilligung könnte insbesondere angezeigt er-

scheinen, wenn die weiteren Sachverhaltsabklärungen - beispielsweise die bereits erwähnte Befragung der Eheleute - die bestehenden Anhaltspunkte, wonach es sich bei der am 20. Februar 2009 mit einer Schweizer Bürgerin geschlossenen Ehe (erneut) um eine Scheinehe handeln könnte, in einem Masse erhärten würden, dass nicht mehr davon gesprochen werden könnte, die Zulassungsvoraussetzungen seien offensichtlich erfüllt im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AuG.

92 Wegweisung; Ausreisefrist

Eine Ausreisefrist ist angemessen im Sinne von Art. 66 Abs. 2 AuG, wenn einem Betroffenen - bei objektiver Betrachtung - genügend Zeit eingeräumt wird, um seinen Aufenthalt ordentlich zu beenden und seine Ausreise zu organisieren (E. II./2.1.).

Die Ansetzung einer Ausreisefrist bezweckt nicht, einem Betroffenen Zeit einzuräumen, um sich einen neuen Aufenthaltstitel zu verschaffen (E. II./2.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 24. September 2009 in Sachen M.W.M. betreffend Aufenthaltsbewilligung (1-BE.2009.26).

Aus den Erwägungen

II. 2.1. Gemäss Art. 66 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 16. Dezember 2005 ist mit der ordentlichen Wegweisung eine angemessene Ausreisefrist anzusetzen. Der Begriff der angemessenen Ausreisefrist stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, dessen korrekte Auslegung durch das Rekursgericht frei zu überprüfen ist. Weder die einschlägigen Gesetze und Verordnungen, noch die Botschaft zum AuG, noch die Weisungen des Bundesamtes für Migration zum AuG lassen sich darüber aus, was unter einer angemessenen Ausreisefrist zu verstehen ist. Das Ansetzen einer Ausreisefrist zielt darauf ab, festzulegen, bis wann ein Betroffener die Schweiz zu verlassen hat. Abhängig von den persönlichen Umständen bedarf ein Betroffener mehr oder weniger

lang, um seine Aufenthaltsbeendigung in der Schweiz zu regeln. Angemessen ist die Ausreisefrist dann, wenn einem Betroffenen - bei objektiver Betrachtung - genügend Zeit eingeräumt wird, um seinen Aufenthalt ordentlich zu beenden und seine Ausreise zu organisieren. Das Ansetzen einer Ausreisefrist bezweckt jedoch nicht, einem Betroffenen Zeit einzuräumen, um sich einen neuen Aufenthaltstitel zu verschaffen.

Soweit die Migrationsbehörden diese Grundsätze beachten, kommt ihnen bei der Ansetzung der Ausreisefrist naturgemäss ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Dabei ist nicht zu beanstanden, wenn das Migrationsamt mit einem gewissen Schematismus vorgeht und zum Beispiel bei einer bisherigen Aufenthaltsdauer von bis zu einem Jahr eine Ausreisefrist von 30 Tagen und bei über einjährigem Aufenthalt eine Ausreisefrist von 60 Tagen einräumt. Dies ist jedenfalls dann unproblematisch, wenn diese Fristen in begründeten Einzelfällen korrigiert werden. Ebenso wenig ist zu beanstanden, wenn das Migrationsamt diese Fristen bei Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses reduziert.

2.2. Im vorliegenden Fall hält sich der Beschwerdeführer seit über einem Jahr in der Schweiz auf. Obschon das Migrationsamt - soweit ersichtlich - in ähnlich gelagerten Fällen eine Ausreisefrist von 60 Tagen ansetzt, wurde dem Beschwerdeführer eine doppelt so lange Ausreisefrist eingeräumt. Der Beschwerdeführer legt in seiner Beschwerde nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb diese sehr lange Ausreisefrist im Hinblick auf die Beendigung seines Aufenthaltes in der Schweiz nicht ausreichen sollte. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

2.3. Soweit der Beschwerdeführer meint, es stehe ihm eine längere Ausreisefrist mit Blick auf die offenbar bevorstehende Heirat zu, ist Folgendes festzuhalten: Wie bereits ausgeführt, bezweckt die Ansetzung einer Ausreisefrist nicht, einem Betroffenen Zeit einzuräumen, um sich einen neuen Aufenthaltstitel zu verschaffen. Dafür stehen andere Rechtsinstitute zur Verfügung. Es ist dem Beschwerdeführer unbenommen, einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat zu beantragen. Da seine künf-

tige Ehefrau Wohnsitz im Kanton Zürich hat, ist er diesbezüglich an die Migrationsbehörden des Kantons Zürich zu verweisen.

Personalrekursgericht

I. Arbeitszeugnis

93 Kommunales Dienstverhältnis. Arbeitszeugnis

- **Anwendung der Grundsätze, denen ein Arbeitszeugnis zu genügen hat, im Zusammenhang mit der Beurteilung der Fach- und Selbstkompetenz (Erw. II/4) und der Sozialkompetenz (Erw. II/5) sowie mit der Formulierung des Schlussabschnitts (Erw. II/6)**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 15. Juni 2009 in Sachen X. gegen Einwohnergemeinde Y (2-KL.2008.5).

Aus den Erwägungen

II.

4.

4.1.

Die im umstrittenen Zeugnis enthaltenen Aussagen zur Fach- und Selbstkompetenz des Klägers vermitteln den Eindruck, es habe sich höchstens um einen durchschnittlichen Mitarbeiter gehandelt. Zwar wird dem Kläger im letzten Satz des entsprechenden Abschnittes attestiert, er sei "fleissig" und "pflichtbewusst" gewesen und habe seine Aufgaben "stets gut" erfüllt. Diese tendenziell positive Aussage wird jedoch dadurch erheblich gemildert, dass die vorangehenden Sätze den Eindruck erwecken, die Beklagte möchte sich so gut als möglich um eine effektive Qualifizierung drücken. So ist etwa der erste Satz ("... hatte Herr X. täglich mit Zahlen zu tun.") nur wenig aussagekräftig. Die Sätze 2 und 3 umschreiben lediglich die Stellenanforderungen und sagen nichts darüber aus, ob der Kläger diesen zu genügen vermochte oder nicht. Schliesslich wird zwar in Satz 4 die rasche Einarbeitung gelobt; aufgrund der langen Anstellungsdauer kommt dieser Würdigung jedoch wenig Relevanz zu.

4.2.

4.2.1.

Die mässige Leistungsbeurteilung steht im schroffen Gegensatz dazu, dass die früheren Gemeindeammänner A. (1994 - 2001) und B. (2002 - 2005) sowie die frühere Gemeindeschreiberin C. (2004 - 2005) ausdrücklich bestätigen, die vom Kläger beantragte Formulierung stimme mit ihren damaligen Wahrnehmungen überein. Tatsächlich hat der seinerzeitige Gemeindeammann A. dem Kläger Ende 2001 auch ein sehr gutes Arbeitszeugnis ausgestellt.

4.2.2.

Gemäss § 32 des Dienst- und Besoldungsreglements [DBR] haben die Vorgesetzten jährlich mit jeder Mitarbeiterin und jedem Mitarbeiter ein Qualifikationsgespräch zu führen. In concreto wurde dies unterlassen. Einzig anfangs 2005 fand mit dem Kläger für das Jahr 2004 ein formelles Mitarbeitergespräch statt; die einzelnen Merkmale des Fragebogens wurden dabei allesamt als "voll erfüllt" oder sogar als "übertroffen" beurteilt. Im Rahmen der Parteiverhandlung wurde von Seiten der Beklagten zwar geltend gemacht, der Gemeinderat sei von der direkten Vorgesetzten des Klägers nicht darüber informiert worden, dass die Beurteilung anlässlich des Gesprächs nach oben korrigiert worden sei. Diesbezüglich ist jedoch einerseits festzuhalten, dass die Qualifikation der Mitarbeitenden grundsätzlich durch die Vorgesetzten und nicht durch den Gemeinderat vorzunehmen ist (vgl. § 32 DBR). Zudem beschränken sich die handschriftlich angebrachten Korrekturen lediglich auf einzelne Bereiche, bei denen die ursprünglich vorgesehene Bewertung "voll erfüllt" auf "übertroffen" erhöht wurde. Auch ohne diese nachträglichen Korrekturen war beim Kläger in den 26 vorgesehenen Rubriken bereits vier Mal "übertroffen" angekreuzt und in keiner Rubrik nur "teilweise erfüllt" oder gar "ist zu verbessern".

4.2.3.

Im Weiteren fällt auf, dass sich aus den Akten nicht der geringste Hinweis dafür ergibt, dass bis Ende 2006 die Leistungen des Klägers je zu nennenswerten Beanstandungen Anlass gegeben hätten, sei es seitens des Gemeinderates, sei es seitens der kantonalen Aufsichtsbehörden. In der "Rechnungspassation 2005" durch die Ge-

meindeinspektion wurden zwar gewisse Bemerkungen angebracht; die geprüften Rechnungen wurden jedoch genehmigt und es wurde attestiert, dass die Unterlagen und Akten "einen aktuellen und qualitativ guten Stand" aufweisen würden. Allein daraus, dass für die Jahre 2005 und 2006 zusätzliche Mittel für die Aufarbeitung von Pendenzen gesprochen wurden, lassen sich - insbesondere auch unter Berücksichtigung der anerkanntermassen hohen Arbeitslast - keine fachlichen Mängel seitens des Klägers ableiten.

4.2.4.

Am 30. April 2007 hielt der Gemeinderat der Beklagten ausdrücklich fest, die von einer externen Treuhand- und Revisionsgesellschaft durchgeführte Überprüfung habe ergeben, dass die Buchhaltung sauber und ordentlich geführt werde. An der Sitzung vom 11. Juni 2007 konnte der Gemeinderat der Beklagten zur Kenntnis nehmen, dass die vom zuständigen Revisor der Sozialversicherungsanstalt durchgeführte Arbeitgeberkontrolle für die geprüfte Zeit keinerlei Differenzen ergab. Die Amtsübergabe innerhalb des Steueramtes erfolgte ohne jeglichen Vorbehalt; in Bezug auf die Finanzverwaltung fand ausweislich der Akten keine formelle Amtsübergabe statt. In seinem Abschiedsschreiben vom 31. Juli 2007 führte der Gemeinderat unter anderem aus, der Kläger habe es während den vergangenen 16 Jahren verstanden, die Finanzverwaltung und das Steueramt "umsichtig und korrekt zu führen".

4.3.

4.3.1.

Die Beklagte begründet ihre mässige Beurteilung der Fach- und Selbstkompetenz in erster Linie damit, dass während der krankheitsbedingten Abwesenheit des Klägers im Frühjahr 2007 sowie nach seinem definitiven Austritt diverse Feststellungen gemacht worden seien, welche Zweifel an seinen Fähigkeiten hätten aufkommen lassen.

Unabhängig von den konkreten Vorhaltungen des Gemeinderates gilt es vorab Folgendes zu berücksichtigen: Das Arbeitszeugnis hat die Leistungen und das Verhalten während der gesamten Anstellung und nicht nur an deren Ende zu beurteilen (Tomas Poledna, Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte des Arbeitgebers im öffentli-

chen Dienst, publiziert in ZBI 2003, S. 171 f., S. 174). Sämtliche angeblichen Mängel sind jedoch insofern "neu", als sie dem Kläger während seiner Amtszeit nie zum Vorwurf gemacht wurden. Im Weiteren ist zu beachten, dass die Doppelfunktion Finanzverwalter/Steueramtsvorsteher unbestrittener-massen (und je länger je mehr) eine sehr grosse Belastung in sich barg; insofern darf nicht leichthin auf ein fachliches Unvermögen des Klägers geschlossen werden. Dies gilt in Bezug auf das Frühjahr 2007 umso mehr, als er krankheitshalber rund zwei Monate lang ausfiel.

In Bezug auf die einzelnen Vorhaltungen ist wesentlich, dass sie zu grossen Teilen gar nicht belegt sind oder sich bloss auf gemeindeinterne (undatierte und nicht unterzeichnete) Aktennotizen der Nachfolgerinnen des Klägers stützen. Der diesbezügliche Beweiswert ist umso geringer, als es dem Kläger mangels entsprechenden Unterlagen im Nachhinein gar nicht mehr möglich ist, den Vorwürfen fundiert entgegenzutreten. (...)

Im Übrigen ergibt sich aufgrund der genannten Unterlagen sowie den entsprechenden Ausführungen des Klägers in der Replik, dass er diverse Arbeiten entgegen den Darstellungen der Beklagten nicht falsch, sondern einfach anders als die Nachfolgerinnen anpackte. Nachweisbare Fehler von grundlegender Natur, die dem Kläger zum Vorwurf gemacht werden müssten, sind letztlich keine ersichtlich.

4.3.2.

Im Weiteren führt die Beklagte aus, die mangelhaften Leistungen hätten sich auch im Bericht zur Kanzleiinspektion durch die D. AG vom 15. Februar 2007 niedergeschlagen.

Die entsprechenden Aussagen der Beklagten sind weitgehend unverständlich. Tatsache ist, dass der erwähnte Bericht im Zusammenhang mit dem Steueramt keinerlei Beanstandungen oder Verbesserungsvorschläge aufzeigt. Die Feststellungen in Bezug auf die Finanzverwaltung führten lediglich zu zwei "Folgen/Empfehlungen" zuhanden des Klägers ("Einführen Controlling-Instrumente [Reporting etc.], "Laufende Budgetüberwachung", "Möglichst viele Fakturen über Gebührenprogramm erfassen. Ende Jahr müssen sämtliche nicht bezahlten Rechnungen sollgestellt werden. Überarbeiten der

Offen-Posten-Forderungen."). Es ist nicht erkennbar, wie die Beklagte aus diesen quantitativ wenigen und qualitativ zumindest nicht zentralen Anregungen eine ungenügende Leistung des Klägers konstruieren will. Auch aus der anschliessend durchgeführten Bilanzprüfung der Jahresrechnung 2006 lassen sich keine gewichtigen Vorwürfe gegenüber dem Kläger ableiten.

4.4.

4.4.1.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beurteilung der Fach- und Selbstkompetenz durch die Beklagte zu wenig positiv ausgefallen ist. Das Zeugnis erweist sich in diesem Punkt als wahrheits- und damit als rechtswidrig. Der Kläger hat Anspruch auf eine bessere Beurteilung.

4.4.2.

Die vom Kläger vorgeschlagene Formulierung übersteigt indes eine derartige Einschätzung; sie zeichnet vielmehr das Bild eines absolut fehlerfreien, in jeder Hinsicht ausgezeichneten Mitarbeiters. Bei allen Positiva, die in den vorstehenden Erwägungen hervorgehoben wurden, fehlen die Grundlagen für eine derartige Beurteilung. Trotz den Vorbehalten gegenüber der von der Beklagten geäusserten Kritik (vgl. Erw. II/4.3) lässt sich daraus ableiten, dass der Kläger sehr wohl auch Verbesserungspotenzial aufwies. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf bestimmte Formulierungen hat (vgl. Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz [EGVSZ] 2002, S. 160, Erw. 2/c mit Hinweisen).

4.4.3.

Unter diesen Umständen drängt es sich auf, dass das Personalrekursgericht den betreffenden Abschnitt selber redigiert. Dabei erscheint es naheliegend, dass es sich an die im Arbeitszeugnis vom 27. Dezember 2001 enthaltenen Wertungen anlehnt; es fehlen Hinweise darauf, dass sich aufgrund der Folgejahre eine wesentlich andere Beurteilung aufdrängen würde. Allerdings ist insofern eine Umformulierung nötig, als die Beurteilung der Fach- und Selbstkompetenz klar abzugrenzen ist von derjenigen der Sozialkompetenz (vgl. Erw. II/5).

Gerichte üben eine grosse Zurückhaltung aus in Bezug darauf, subjektive Werturteile wie "volle Zufriedenheit" in Arbeitszeugnisse aufzunehmen; stattdessen werden eher objektivierete Aussagen verwendet wie "seine Leistungen waren gut" (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 330a N 5). Dies wird im nachfolgenden Passus ebenfalls berücksichtigt:

"Herr X. war ein verantwortungsbewusster und engagierter Mitarbeiter. Trotz ständig zunehmender Arbeitsbelastung erfüllte er die an ihn gestellten Anforderungen stets vollumfänglich. Hervorzuheben sind seine rasche Auffassungsgabe sowie seine Fachkompetenz, mit der er den Gemeinderat in sämtlichen Finanzfragen beriet."

5.

5.1.

Die im umstrittenen Arbeitszeugnis enthaltenen Bewertungen der Sozialkompetenz sind wenig aussagekräftig. Die Formulierung "auf eine gute Zusammenarbeit in seinem Team legte er grossen Wert" lässt völlig offen, ob seine entsprechenden Bemühungen auch von Erfolg gekrönt waren. Der Passus, wonach er die "Kunden" stets zuvorkommend "bedient" habe, ist sicherlich positiv. Der Begriff "bedient" ist indessen im vorliegenden Kontext nicht unbedingt adäquat. Zudem kann im Gesamtzusammenhang die Frage auftauchen, ob das Verhalten allenfalls nur gegenüber den Kunden, nicht aber auch gegenüber Mitarbeitenden und Vorgesetzten zuvorkommend war. Der letzte Satz in Bezug auf die Sozialkompetenz ("Sein Verhalten gegenüber den Behörden war korrekt und loyal") gibt Anlass zu zweierlei Bemerkungen. Zum einen bleibt offen, wer mit "Behörden" gemeint ist: Betrifft dies den Gemeinderat als vorgesetzte Behörde und/oder andere Amtsstellen? Zum andern bedeutet die Beurteilung "korrekt und loyal" durchschnittlich; sie zeigt auf, dass es zwar keine Anstände gab, lässt aber auch darauf schliessen, dass der Kläger nicht speziell höflich, hilfsbereit etc. war.

5.2.

Die Beurteilung durch die Beklagte kontrastiert dazu, dass die vormaligen Vorgesetzten die Aussagen im Formulierungsvorschlag des Klägers ausdrücklich bestätigen. Auch das Zwischenzeugnis vom Dezember 2001 lautete in Bezug auf die Sozialkompetenz des

Klägers sehr positiv ("Seine freundliche und hilfsbereite Art macht ihn zu einem beliebten und von Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden gleichermaßen geschätzten Mitarbeiter. Sein Verhalten gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden ist jederzeit höflich, kompetent und korrekt.").

Im Weiteren erscheint in Bezug auf die Sozialkompetenz auch die Mitarbeiterbeurteilung vom 17. Januar 2005 wesentlich. Auf dem Formular gibt es drei Merkmale, welche die Sozialkompetenz (ohne Führungskompetenz) betreffen: "Pflegt einen einwandfreien, freundlichen und korrekten Umgang mit Bürgern, Kunden, externen und internen Gesprächspartnern", "Trägt zu einem guten Arbeitsklima bei, ist kollegial und tolerant und kann sich gut in ein Team einbringen" und "Sucht die Zusammenarbeit und gibt sein Wissen und seine Erfahrung spontan weiter". Alle drei Punkte wurden anlässlich der erwähnten Mitarbeiterbeurteilung mit "übertrroffen" bewertet. Die neun Merkmale zur Führungskompetenz wurden drei Mal mit "übertrroffen", sechs Mal mit "voll erfüllt" beurteilt.

5.3.

In Bezug auf den Formulierungsvorschlag des Klägers fällt auf, dass er sich zum Teil wiederholt ("kompetenter Ansprechpartner"). Zudem erscheint es problematisch, ohne nähere Konkretisierung von einem Team zu sprechen, wenn dieses nur eine Mitarbeiterin und eine Lernende bzw. einen Lernenden umfasst.

Insgesamt erscheint es sachgerecht, eine Beurteilung vorzunehmen, die sich namentlich an das Arbeitszeugnis vom Dezember 2001 sowie die Aussagen in der Mitarbeiterbeurteilung vom 17. Januar 2005 anlehnt:

"Herrn X. war ein Team von ein bis zwei Mitarbeitenden unterstellt, die er aktiv in seine Entscheidungsprozesse einbezog. Sein Führungsstil war geprägt durch Offenheit und Wertschätzung. Aufgrund seiner freundlichen und hilfsbereiten Art war er allseits beliebt und geschätzt. Sein Verhalten gegenüber seinen Vorgesetzten, Arbeitskolleginnen und -kollegen sowie Kunden war jederzeit höflich, korrekt und loyal."

6.

In Bezug auf den Schlussabschnitt sind insbesondere zwei Aspekte umstritten: Der Kläger wünscht einerseits einen Ausdruck

des Bedauerns für seinen Weggang und andererseits einen Dank für die "geleistete wertvolle" (und nicht nur für die langjährige) Arbeit.

6.1.

Drückt der Arbeitgeber am Schluss des Arbeitszeugnisses sein "Bedauern" darüber aus, dass die Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer endet, so bildet dies einen Ausdruck dafür, dass er mit dessen Leistung und Verhalten zufrieden war. Dies ergibt sich jedoch bereits aus den übrigen Passagen des bereinigten Arbeitszeugnisses und bedarf keiner zusätzlichen Erwähnung. Es ist nicht erkennbar, welcher Zeugnisgrundsatz andernfalls verletzt wäre. Entsprechend besteht kein Anspruch darauf, einen Ausdruck des Bedauerns in das Zeugnis aufzunehmen. Dies gilt umso mehr, als bei der Berichtigung eines Arbeitszeugnisses durch den Richter subjektive Werturteile nur mit grösster Zurückhaltung aufgenommen werden sollten (vgl. Erw. II/4.4.3).

6.2.

Im Weiteren besteht zwar kein klagbarer Anspruch des Arbeitnehmers auf Dankesworte (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 4C.36/2004 vom 8. April 2004, Erw. 5; Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 330a N 3). Es ist jedoch vorliegend im Grundsatz unbestritten, dass dem Kläger Dank für die von ihm geleistete langjährige Arbeit ausgerichtet werden soll.

In Bezug auf die Formulierung "langjährige" Arbeit kann man sich die Frage stellen, ob allenfalls durch die Betonung der Dauer der Arbeit deren Wert bewusst ausgeklammert wurde. Trotz der positiven Qualifikationen, die gemäss den vorstehenden Erwägungen in das Arbeitszeugnis aufzunehmen sind, rechtfertigt es sich, zusätzlich in Anlehnung an das Abschiedsschreiben vom 31. Juli 2007 die Beschreibung der Arbeit des Klägers durch das Attribut "umsichtig" zu ergänzen, um so eine mögliche Unklarheit zu beseitigen.

Der Schlussabsatz lautet damit neu wie folgt:

"Wir danken Herrn X. für seinen langjährigen, umsichtigen Einsatz zu Gunsten der Gemeinde Killwangen und wünschen ihm für seinen beruflichen und privaten Lebensweg alles Gute."

II. Auflösung Anstellungsverhältnis

94 Lehrperson an einer Volksschule. Aufhebungsvertrag

- Ein Aufhebungsvertrag ist grundsätzlich zulässig, ausser wenn ohne Grund zwingende Bestimmungen betreffend Kündigungsschutz umgangen werden. Ein unzulässiger Aufhebungsvertrag löst das Anstellungsverhältnis zwar auf, jedoch sind die umgangenen Schutzbestimmungen anzuwenden (Erw. II/5).

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 2. Juli 2009 in Sachen W. gegen Einwohnergemeinde S. (2-KL.2008.8).

Aus den Erwägungen

II.

5.

5.1.

Der Aufhebungsvertrag findet seine Grundlage in der Vertragsfreiheit und ist somit grundsätzlich zulässig. Mit dem Abschluss der Aufhebungsvereinbarung wurde daher der Arbeitsvertrag aufgelöst. Da der Aufhebungsvertrag bloss das Entstehen neuer Forderungen verhindert, jedoch keine Aufgabe bestehender Ansprüche bewirkt, kann in einer solchen Vereinbarung kein Verstoß gegen das Verzichtsverbot nach Art. 341 Abs. 1 OR liegen. Allerdings darf der Aufhebungsvertrag nicht die Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen und damit die Einschränkung zwingend vorgesehener Leistungen des Arbeitgebers ohne gleichwertige Vorteile für den Arbeitnehmer, z.B. Ansprüche bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung (Art. 324a OR) oder bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c OR), bezwecken (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_495/2007, Erw. 4.3.1; BGE 118 II 58, Erw. 2/a; Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 335 N 10). Werden im Einzelfall zwingende

Kündigungsschutzbestimmungen umgangen, so ist der Aufhebungsvertrag als unzulässig zu betrachten, sofern kein Grund besteht, der die Umgehung rechtfertigt. Zwar löst er das Arbeitsverhältnis auf, doch sind die betroffenen Kündigungsbestimmungen anzuwenden (Wolfgang Portmann, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: Jusletter vom 20. Januar 2003, Rz. 25, mit weiteren Hinweisen).

Wird das Arbeitsverhältnis durch den Aufhebungsvertrag fristlos beendet, sind die Schutzbestimmungen bei ausserordentlicher Kündigung anzuwenden, sofern der Arbeitnehmer beweist, dass der Arbeitgeber ohne Abschluss des Aufhebungsvertrags ausserordentlich bzw. fristlos gekündigt hätte (Portmann, a.a.O., Rz. 25 mit weiteren Hinweisen).

5.2.

Die Beklagte wollte das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall auflösen; sie hätte die Klägerin, falls der Aufhebungsvertrag nicht zustande gekommen wäre, fristlos entlassen. Falls kein wichtiger Grund für eine Kündigung vorlag, hätte sich die Beklagte durch den Aufhebungsvertrag sämtlicher Pflichten aus dem Arbeitsvertrag entledigt, wogegen die Klägerin auf ihren Kündigungsschutz gemäss Art. 337c OR verzichtet hätte. In einer solchen Situation wären durch den Aufhebungsvertrag ausschliesslich die Interessen der Beklagten berücksichtigt worden, ohne dass äquivalente Vorteile für die Klägerin gegenüber gestanden hätten. Entsprechend den obigen Darlegungen (vgl. Erw. II/5.1) wäre eine derartige Schlechterstellung unrechtmässig. Die Frage, ob seitens der Klägerin ein solcher unzulässiger einseitiger Verzicht auf zwingend vorgesehene Leistungen der Beklagten erfolgte, erfordert somit die Prüfung, ob in casu ein wichtiger Grund vorlag, der eine fristlose Entlassung gerechtfertigt hätte.

95 Anstellung bei der Fachhochschule Nordwestschweiz. Vorsorgliche Massnahme bei einer Kündigung

- **Es ist kein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil erkennbar, welcher eine vorsorgliche Lohnfortzahlungspflicht rechtfertigen würde (Erw. II/1).**

- **Eine vorsorgliche Massnahme des kantonalen Rechts zur Sicherung der Vollstreckung einer Geldforderung ist mit dem Bundesrecht (Art. 38 Abs. 1 SchKG) nicht vereinbar (Erw. II/2).**
- **Eine entsprechende Massnahme ist generell rechtswidrig, mithin auch in Verfahren, in denen die Nichtigkeit einer Verfügung behauptet wird. Im Übrigen kann eine fristlose Entlassung auch "zur Unzeit", zum Beispiel während einer Krankheit des betroffenen Mitarbeitenden, rechtsgültig ausgesprochen werden (Erw. II/3).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 5. März 2009 in Sachen Z. gegen Fachhochschule Nordwestschweiz (2-BE.2008.10).

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Die Vorinstanz begründet die umstrittene vorsorgliche Massnahme damit, dass für den Beschwerdegegner "die Einstellung der Lohnzahlungen eine erhebliche Einschränkung seiner privaten Interessen bedeutet und ihn bei Wegfall des Einkommens existenzielle Nachteile treffen." Dadurch ergäbe sich für den Beschwerdegegner "ein unzumutbarer Nachteil".

1.2.

Eine vorsorgliche Massnahme zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (§ 302 Abs. 1 lit. b ZPO) setzt zunächst voraus, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des Nachteils besteht. Sodann muss er, wenn er eintreten würde, nicht leicht aus der Welt zu schaffen sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er durch Geldleistung nicht oder nur unvollständig aufgewogen wird (Alfred Bühler/Andreas Edelmann/Albert Killer, Kommentar zur Aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau 1998, § 302 N 11).

1.3.

Falls der Beschwerdegegner im Verfahren betreffend Kündigung obsiegen würde, müsste ihm Lohn inklusive Zins (sofern beantragt) nachbezahlt und allenfalls eine Entschädigung geleistet werden. Damit könnte der Nachteil, dass ihm im Anschluss an die umstrittene Kündigung kein Lohn mehr ausbezahlt wurde, vollumfänglich wettgemacht werden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz liegt somit kein nicht wiedergutzumachender Nachteil vor, welcher die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme rechtfertigen würde. Dies gilt umso mehr, als dem Beschwerdegegner am 3. Februar 2009 durch die Arbeitslosenkasse die Auszahlung von Arbeitslosengeldern in Aussicht gestellt wurde und die Fachhochschule zweifellos liquid ist.

Andere Gründe, aufgrund derer eine vorsorgliche Lohnfortzahlungspflicht hätte angeordnet werden dürfen, wurden nicht dargetan und sind nicht erkennbar.

2.

Die angefochtene vorsorgliche Massnahme erweist sich aber auch aus einem anderen Grund als unrechtmässig:

§ 302 Abs. 3 ZPO schliesst ausdrücklich vorsorgliche Verfügungen aus, welche der Sicherung von Forderungen dienen, die dem SchKG unterliegen. Diese Bestimmung ist unmissverständlich und lässt keinen Spielraum für Ausnahmen. Eine vorsorgliche (und damit vollstreckbare) Verfügung zur Sicherung einer Geldforderung ist mit dem Bundesrecht, konkret mit Art. 38 Abs. 1 SchKG, nicht vereinbar: "Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die Abgrenzung von Bundesrecht und kantonalem Recht von grosser Bedeutung. Neben dem bundesrechtlich geregelten Arrest (Art. 271 ff. SchKG) bleibt kein Raum für eine vorsorgliche Massnahme des kantonalen Rechts zur Sicherung der Vollstreckung einer Geldforderung. Unzulässig ist daher auch die vorläufige Verurteilung zur Bezahlung einer streitigen Schuld durch eine einstweilige Verfügung nach kantonalem Recht. Eine solche Anordnung würde den Vorrang des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV missachten" (Urteil des Bundesgerichts 5D.54/2008 vom 23. Juni 2008 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 86 II 291, Erw. 2; Beschluss der I. Zivilkammer des Oberger-

richts des Kantons Zürich vom 20. Oktober 1995, publiziert in: ZR 1997, S. 112 ff. mit Hinweisen; ZR 100, S. 225). Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang die von der Vorinstanz zitierte Literaturstelle (Bühler/Edelmann/Killer; a.a.O., § 302 N 17).

3.

3.1.

Der Beschwerdegegner macht sinngemäss geltend, die umstrittene vorsorgliche Lohnfortzahlung sei allein schon deshalb gerechtfertigt, weil die Kündigung während einer Krankheit seinerseits ausgesprochen worden und daher nichtig sei.

3.2.

Aus den Darlegungen unter Erw. II/2 folgt, dass eine vorsorgliche Verfügung zur Sicherung einer Geldforderung generell rechtswidrig ist. Dies gilt folglich auch in Verfahren, in welchen die Nichtigkeit einer Kündigung behauptet wird.

3.3.

Der Vollständigkeit halber sei zudem auf Folgendes hingewiesen: Gemäss Ziffer 3.11 des Gesamtarbeitsvertrages für die Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW vom 23. Oktober 2006 kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen beidseitig jederzeit ohne Einhaltung von Fristen aufgelöst werden. Aus dem Begriff "jederzeit" ergibt sich unmittelbar, dass die fristlose Entlassung - anders als die ordentliche Kündigung - auch "zur Unzeit", mithin auch während einer Krankheit des betroffenen Mitarbeitenden, rechtsgültig ausgesprochen werden kann (vgl. zum Privatrecht: Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 337 OR N 4 mit Hinweisen). Der Umstand, dass der Beschwerdegegner im Kündigungszeitpunkt krank war, bewirkt demzufolge keine Nichtigkeit der ausgesprochenen fristlosen Entlassung. Andere Gründe, aufgrund derer die fristlose Entlassung als nichtig angesehen werden müsste, sind aufgrund der derzeit verfügbaren Unterlagen nicht erkennbar.

96 Lehrperson an einer Volksschule. Nichtverlängerung eines befristeten Anstellungsverhältnisses

- **Ausnahmsweise Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens, welches gleichzeitig mit einem Leistungsbegehren eingereicht wurde (Erw. I/5).**
- **Auslegung der gestellten Rechtsbegehren; in concreto wurde nur eine Entschädigung im Sinne von § 13 GAL in Verbindung mit Art. 336a Abs. 1 OR geltend gemacht, jedoch kein Vertrauensschaden (Erw.I/6).**
- **Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Anstellungsverhältnis; übergangsrechtliche Regelung der Fünfjahresfrist gemäss § 3 Abs. 2 GAL (Erw. II/2-4).**
- **Es besteht kein Anspruch auf Umwandlung eines befristeten in einen unbefristeten Anstellungsvertrag während der Laufdauer des befristeten Vertrages (Erw. II/5-7).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 19. August 2009 in Sachen B. gegen Einwohnergemeinde M. (2-KL.2008.9).

Eine gegen diesen Entscheid eingereichte Beschwerde ist zur Zeit noch beim Bundesgericht hängig.

Aus den Erwägungen

- I.
- 5.
- 5.1.

Der Kläger stellt zwei Feststellungsbegehren. Er beantragt die Feststellungen, dass die Beklagte zu Unrecht mit ihm keinen unbefristeten Arbeitsvertrag per 1. August 2007 abgeschlossen habe und dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis zu Unrecht per 31. Juli 2007 beendet habe.

- 5.2.

Eine Klage auf Feststellung ist zulässig, wenn der Betroffene ein schützenswertes Interesse an der Feststellung des Bestehens oder

Nichtbestehens eines konkreten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses nachweisen kann und keine öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Ein rechtlich geschütztes Interesse ist nicht vorausgesetzt; rein tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interessen genügen, soweit sie nur vernünftig und durch die Unklarheit über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses gerechtfertigt sind (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1998, § 38 N 27). Negative Voraussetzung des Feststellungsinteresses ist die fehlende Möglichkeit, alternativ eine Leistungs- oder Gestaltungsklage durchzusetzen, da die Feststellungsklage subsidiärer Natur ist (Merker, a.a.O., § 38 N 28 und 34; vgl. auch Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Bern 2001, § 7 Rz. 23).

5.3.

Gemäss der Rechtsprechung des Personalrekursgerichts ist der Antrag auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Kündigung beziehungsweise einer ungerechtfertigten Nichtwiederwahl neben demjenigen auf Zusprechung einer Entschädigung zulässig (AGVE 2002, S. 575 ff., Erw. I/3/b; PRGE vom 5. März 2007 in Sachen U.H., Erw. I/3). Diese Praxis wird damit begründet, dass im Hinblick auf das berufliche Fortkommen regelmässig ein eigenständiges, spezifisches Interesse der betroffenen Person an der Feststellung einer allfälligen Widerrechtlichkeit der Auflösung des Anstellungsverhältnisses besteht.

5.4.

Ein befristeter Vertrag endet grundsätzlich mit Ablauf der Befristung. Insofern hat eine Nichtverlängerung in Bezug auf das berufliche Fortkommen beziehungsweise in Bezug auf die Wirkung gegenüber Dritten nicht denselben Effekt wie eine Kündigung, welche nur gestützt auf sachliche Gründe erfolgen darf (vgl. §§ 11 f. GAL). Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass der Kläger bereits ab dem 1. August 2001 für die Beklagte tätig war. Es liegt daher nahe, dass die lange Anstellungsdauer Fragen über die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses provoziert. Damit rückt die vorliegende Nichtverlängerung des Anstellungsverhältnisses faktisch

in die Nähe einer Kündigung beziehungsweise Nichtwiederwahl und es rechtfertigt sich, das Feststellungsinteresse des Klägers zu bejahen sowie auf seine Feststellungsbegehren einzutreten.

6.

6.1.

Der (anwaltschaftlich vertretene) Kläger stellt den Antrag, dass die Beklagte ihm "eine Entschädigung von fünf Monatslöhnen, d.h. von Fr. netto 50'323.60" zu bezahlen habe. Einen zusätzlichen Antrag auf eine Geldleistung erhebt der Kläger nicht. Allerdings bringt er in der Begründung vor, die Beklagte habe stets davon gesprochen, ihm nach Inkrafttreten des Gesetzes über die Anstellung von Lehrpersonen einen unbefristeten Vertrag anzubieten. In diesem Sinn hätten die Beteiligten jeweils den Begriff "Anstellungsvertrag", wie er in den Wahlverfügungen genannt worden sei, verstanden. Überdies habe ihm die Beklagte am 4. April 2007 vorbehaltlos einen befristeten Vertrag ab 1. August 2007 zugesichert.

Falls tatsächlich entsprechende Äusserungen gefallen sind, drängt sich die Frage auf, ob dem Kläger gestützt auf den Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV ein Anspruch auf Schadenersatz zusteht. Vorab ist indessen zu prüfen, ob das gestellte Rechtsbegehren einen derartigen Anspruch mitumfasst.

6.2.

Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung (unpubliziertes Bundesgerichtsurteil 4P.266/2006 vom 13. Dezember 2006, Erw. 1.3; Vogel/Spühler, a.a.O., § 7 Rz. 8). Nach der Rechtsprechung schadet eine sichtlich ungewollte oder unbeholfene Wortwahl der am Recht stehenden Person ebenso wenig wie eine nicht geglückte oder rechtsirrtümliche Ausdrucksweise. Es genügt, wenn der Klage insgesamt entnommen werden kann, was die klagende Person verlangt (unpubliziertes Bundesgerichtsurteil 9C_251/2009 vom 15. Mai 2009, Erw. 1.3; Alfred Bühler/Andreas Edelmann/Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, § 75 N 24).

6.3.

Die Wortwahl des Rechtsbegehrens deutet klarerweise darauf hin, dass der Kläger bloss eine Entschädigung im Sinne von § 13 GAL in Verbindung mit Art. 336a Abs. 1 OR geltend macht. Üblicherweise wird eine solche Entschädigung mit einer bestimmten Anzahl Monatslöhnen beziffert. In der Begründung der Klage verweist der Kläger zwar - wie gesehen (Erw. I/6.1) - auf eine vertrauensbegründende Zusicherung. Eine ziffernmässige Schlussfolgerung wird daraus aber nicht gezogen. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang kein Schaden geltend gemacht. Vielmehr hält der Kläger in seinen Schlussfolgerungen zusammenfassend fest, dass die Beklagte ihm gestützt auf § 13 GAL eine Entschädigung schulde; diese Entschädigung betrage "maximal 6 Monatslöhne (Art. 336a Abs. 2 OR)". Eine Verrechnung der beantragten Entschädigung mit anderweitigen Einkünften bestreitet der Kläger ausdrücklich, obwohl dem Vertreter des Klägers bekannt sein muss, dass bei einer Ersatzforderung unter dem Titel der Schadensminderungspflicht eine Verrechnung erfolgen müsste. Insgesamt ergibt sich, dass der Kläger in Klagebegehren 2 keine allgemeine Geldforderung geltend macht; vielmehr ist die Forderung stark individualisiert. Effektiv kann darunter einzig ein Entschädigungsbegehren gestützt auf § 13 GAL in Verbindung mit Art. 336a Abs. 1 OR verstanden werden.

6.4.

Da vorliegend die Grundsätze des Klageverfahrens anwendbar sind, gilt unter anderem die Dispositionsmaxime. Danach ist das Gericht an die Parteianträge gebunden und darf der klagenden Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat. Insofern bestimmt der Kläger durch sein Rechtsbegehren, in welchem Umfang er seine Rechte einklagt (§ 67 aVRPG in Verbindung mit § 75 ZPO; Merker, a.a.O., Vorbem. zu den §§ 60-67, N 7; Vogel/Spühler, a.a.O., § 30 Rz. 9).

Da der Kläger einzig eine Entschädigung gestützt auf eine widerrechtliche Kündigung beantragt, kann offengelassen werden, ob ihm ein Schadenersatz gestützt auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes zustünde.

(...)

II.

2.

2.1.

Der Kläger lässt vorbringen, dass er seit dem Schuljahr 2001/2002 in M. unterrichtet habe. Beim Schuljahr 2006/2007 habe es sich somit bereits um sein sechstes Schuljahr an der Sekundarschule in M. gehandelt. Gestützt auf § 3 Abs. 2 GAL habe er daher ab Beginn des Schuljahres 2006/2007 Anspruch auf eine unbefristete Anstellung gehabt.

2.2.

Der Kläger wurde erstmals am 9. Juli 2001 als Hauptlehrer für das Schuljahr 2001/2002 gewählt. Es folgten weitere, jeweils auf ein Jahr befristete Anstellungsverfügungen. Per 1. Januar 2005 erfolgte die Überführung in ein (befristetes) vertragliches Anstellungsverhältnis (vgl. § 3 Abs. 1 GAL). Daher trifft es in concreto zu, dass der Kläger mit Abschluss des Schuljahres 2005/2006 fünf Jahre für die Beklagte tätig war. Allerdings ist zu prüfen, ob er damit einen grundsätzlichen Anspruch auf den Abschluss eines unbefristeten Vertrages erhielt.

2.3.

Gemäss § 3 Abs. 2 GAL ist auf Verlangen einer Lehrperson ein befristetes Anstellungsverhältnis in ein unbefristetes umzuwandeln, sofern es während 5 Jahren ohne Unterbruch bestand und weitergeführt würde. Allerdings ist zu beachten, dass das Gesetz über die Anstellung von Lehrpersonen per 1. Januar 2005 und damit während des laufenden Anstellungsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten in Kraft trat. Entsprechend ist anhand der Übergangsbestimmungen zu prüfen, welchen Einfluss dieser Umstand auf die konkrete Anwendung von § 3 Abs. 2 GAL hat.

2.4.

Das Gesetz über die Anstellung von Lehrpersonen enthält keine einschlägige Übergangsbestimmung. Insbesondere ist § 50 GAL auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf Dienstverhältnisse, welche auf Amtsdauer eingegangen wurden.

Unter den "Schluss- und Übergangsbestimmungen" regelt § 59 VALL die "Umwandlung befristeter Anstellungsverhältnisse." Die Bestimmung lautet wie folgt:

"Für die Verpflichtung zur Umwandlung befristeter Anstellungsverhältnisse in unbefristete Anstellungsverhältnisse mit Vertrag gemäss § 3 Abs. 2 GAL ist der Beginn des neuen Schuljahrs 2005/06 massgebend. Die bisherige Dauer überführter Anstellungsverhältnisse wird nicht angerechnet."

Nach dem Willen des Verordnungsgebers wird somit die Dauer des bisherigen, nach altem Recht begründeten Arbeitsverhältnisses nicht angerechnet. Aus der Bestimmung ergibt sich unmissverständlich, dass die fünfjährige Frist für den Anspruch auf Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Anstellungsverhältnis mit Beginn des Schuljahres 2005/2006 zu laufen beginnt. Dementsprechend können selbst bei überführten Anstellungsverhältnissen die Voraussetzungen gemäss § 3 Abs. 2 GAL frühestens per Ende des Schuljahres 2010/2011 erfüllt sein.

2.5.

Der Einwand des Klägers, das Abstellen auf § 59 VALL entbehre aufgrund von § 54 Abs. 1 VALL jeglicher Grundlage, zielt ins Leere. § 54 VALL bestimmt einzig, dass bestehende befristete Anstellungsverhältnisse ungeachtet ihres Enddatums dem neuen Recht unterstellt werden. Eine Aussage zum massgebenden Fristbeginn für die Berechnung der Fünfjahresfrist gemäss § 3 Abs. 2 GAL lässt sich aus § 54 Abs. 1 VALL nicht ableiten. Diese Schlussfolgerung ergibt sich im Übrigen auch aus der Kollisionsregel "lex specialis derogat legi generali" (das speziellere Gesetz geht den allgemeinen Gesetzen vor), welche für die Lösung von Widersprüchen zwischen gleichrangigen Normen entwickelt wurde (VPB 61.62, Erw. 2.2/a). Hinsichtlich der Umwandlung befristeter in unbefristete Anstellungsverhältnisse ist § 59 VALL im Verhältnis zu § 54 VALL, welcher die generelle Überführung befristeter Anstellungsverhältnisse ins neue Recht regelt, die speziellere Norm.

2.6.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Fünfjahresfrist gemäss § 3 Abs. 2 GAL per Beginn des Schuljahres 2005/06 zu laufen begann. Der Kläger erfüllte somit im Frühjahr 2007 die Voraus-

setzungen, die einen Anspruch auf Umwandlung des befristeten in ein unbefristetes Anstellungsverhältnis gewährt hätten, nicht.

3.

Grundsätzlich sollen durch § 3 Abs. 2 GAL verpönte Kettenarbeitsverträge verhindert werden (vgl. zum Begriff der Kettenarbeitsverträge Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, *Der Arbeitsvertrag*, Praxis-Kommentar zu Art. 319 - 362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 334 N 7). Dieser Zielsetzung dient die Übergangsbestimmung von § 59 VALL insofern nicht optimal, als die angestrebte Wirkung in zeitlicher Hinsicht nicht mit dem Inkrafttreten des GAL, sondern erst per Ende des Schuljahres 2010/2011 vollumfänglich zum Tragen kommt (vgl. Erw. II/2.4). Insofern lässt sich fragen, ob sich die Übergangsbestimmung mit dem übergeordneten Recht überhaupt vereinbaren lässt.

Vorab ist wesentlich, dass Kettenarbeitsverträge nicht per se unzulässig sind, soweit sich die jeweilige Befristung auf einen sachlich gerechtfertigten Grund zu stützen vermag (vgl. zum Privatrecht: Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 334 N 7). Hinzu kommt, dass die Ausgestaltung einer Übergangsregelung im pflichtgemässen Ermessen des Gesetz- beziehungsweise Ordnungsgebers liegt (vgl. BGE 123 II 385 ff., Erw. 9; BGE 123 II 433 ff., Erw. 9). Nach früherem Anstellungsrecht wurde unterschieden zwischen Hauptlehrkräften, welche über eine feste, unbefristete Anstellung verfügten, und Lehrbeauftragten sowie Fachlehrkräften, die oft über Jahre hinweg von Semester zu Semester neu angestellt wurden (Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau betreffend das Gesetz über die Anstellung von Lehrpersonen vom 24. Mai 2000, S. 16). Den befristeten Anstellungsverhältnissen kam somit ein viel grösserer Stellenwert und eine viel grössere Verbreitung zu als nach neuem Recht, wonach sie auf Ausnahmefälle beschränkt sind. Insofern erweist es sich ohne weiteres als begründbar, dass die in § 3 Abs. 2 GAL vorgesehene 5-Jahres-Frist nur für befristete Anstellungsverhältnisse gelten soll, die nach neuem (restriktiven) und nicht auch nach altem (deutlich extensiveren) Recht begründet wurden. Die Regelung von § 59 VALL liegt damit im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens,

das dem Verordnungsgeber bei der Ausgestaltung einer Übergangsregelung zukommt.

4.

Gemäss § 12 Abs. 1 VALL sind die Anstellungsverhältnisse grundsätzlich unbefristet auszugestalten. Allerdings war eine Befristung unter anderem zulässig, wenn die betroffene Lehrperson nicht über eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung verfügte (vgl. § 12 Abs. 2 VALL in der ursprünglichen, per 1. August 2008 aufgehobenen Fassung).

Im Sommer 2006 verfügte der Kläger noch nicht über eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Aargau. Diese erhielt er erst per 1. April 2007. Daher wurde der Anstellungsvertrag vom 16. beziehungsweise 28. August 2006 für das Schuljahr 2006/2007 zulässigerweise befristet abgeschlossen.

5.

5.1.

Der Kläger bringt vor, er habe per 1. April 2007 die unbefristete Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Aargau erhalten. In diesem Moment habe der Sachverhalt nicht mehr unter die Bestimmung von § 12 Abs. 2 VALL subsumiert werden dürfen. Vielmehr sei per 1. April 2007 ein gesetzlicher Anspruch auf eine unbefristete Anstellung entstanden. Die Beklagte sei somit nicht berechtigt gewesen, dem Kläger den unbefristeten Vertrag zu versagen.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob im Zeitpunkt, als der Kläger per 1. April 2007 die unbefristete Berufsausübungsbewilligung erhielt, ein Anspruch auf den sofortigen Abschluss eines unbefristeten Anstellungsvertrags entstanden ist.

5.2.

Gemäss § 12 Abs. 2 VALL ist "die Befristung eines Vertrags und dessen Verlängerung" nur in begründeten Fällen zulässig. Die Bestimmung untersagt somit die Verlängerung des befristeten Anstellungsvertrages, wenn kein sachlicher Grund für die Befristung mehr vorliegt. Eine allfällige Verlängerung eines Vertrages steht allerdings nur zur Diskussion, wenn die befristete Anstellungsdauer abgelaufen ist (vgl. § 14 lit. d VALL) und das Arbeitsverhältnis weitergeführt werden soll. In concreto stellte sich die Frage der Ver-

tragsverlängerung erst wieder hinsichtlich einer Anstellung für das Schuljahr 2007/2008. Erst vor dem Abschluss eines entsprechenden neuen Vertrages hätte die Anstellungsbehörde prüfen müssen, ob sachliche Gründe für eine weitere Befristung vorlagen. Gestützt auf § 12 Abs. 2 VALL ergibt sich demgegenüber kein Anspruch auf Umwandlung eines befristeten in einen unbefristeten Anstellungsvertrag während der Laufdauer des befristeten Vertrages.

6.

6.1.

Der Kläger bringt vor, es stehe im Widerspruch zum Grundsatz des unbefristeten Vertrages gemäss § 12 Abs. 1 VALL, wenn ein Anspruch auf einen derartigen Vertrag nur auf ein neues Schuljahr hin entstehen könne. Zudem würde diesfalls der Zufall eine grosse Rolle spielen.

Sinngemäss wird damit vom Kläger Willkür sowie die Verletzung der Rechtsgleichheit in der Rechtssetzung gerügt.

6.2.

Ein Erlass ist willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist; er verletzt das Rechtsgleichheitsgebot, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (BGE 134 I 140, Erw. 5.4 mit zahlreichen Hinweisen).

6.3.

Der Wortlaut von § 12 Abs. 2 VALL ist klar und eindeutig. Zudem stellt § 12 Abs. 2 VALL im Vergleich zu § 12 Abs. 1 VALL eine zulässige Ausnahmeregel dar. Damit wird der Grundsatz, wonach generell unbefristete Anstellungsverträge abzuschliessen sind, durchbrochen.

Selbstverständlich liesse es sich nicht beanstanden, wenn der Verordnungsgeber auf die besagte Ausnahmeregelung verzichtet hätte und demzufolge der Anspruch auf einen unbefristeten Vertrag auch während laufendem Schuljahr entstehen würde. Tatsächlich sprechen aber auch gute Gründe für die aktuelle Lösung. Vorab dient es der Vereinfachung des Verfahrens, wenn die Prüfung, ob ein sach-

licher Grund für eine befristete Anstellung vorliegt, ausschliesslich im Zusammenhang mit einer allfälligen Vertragsverlängerung vorgenommen wird. Insbesondere aber gewährleistet die geltende Regelung, dass der übereinstimmende Wille der Parteien, welche den laufenden Vertrag als befristet abgeschlossen haben, respektiert wird. Dabei ist wesentlich, dass bei befristeten Anstellungsverträgen grundsätzlich kein bedingter Anspruch auf Verlängerung beziehungsweise Erneuerung des Anstellungsverhältnisses besteht (PRGE vom 20. August 2003 in Sachen H. W., Erw. 3/c). Selbst wenn das Anstellungsverhältnis fünf Jahre ohne Unterbruch gedauert hat, verfügt der Arbeitnehmer nur insoweit über einen Anspruch auf eine unbefristete Anstellung, als ein Grundkonsens über die Weiterführung der vertraglichen Bindung besteht (vgl. Wortlaut von § 3 Abs. 2 GAL: "[...] und weitergeführt würde"). Dies entspricht dem Gedanken der Vertragsfreiheit; jede Partei kann frei entscheiden, ob und mit wem sie einen Vertrag abschliessen will (vgl. Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau betreffend das Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts [Personalgesetz] vom 19. Mai 1999, S. 14).

Gesamthaft ergibt sich, dass sachliche Gründe vorliegen, welche die Regelung in § 12 Abs. 2 VALL rechtfertigen. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot oder das Rechtsgleichheitsgebot lässt sich daher nicht feststellen.

7.

Der Vollständigkeit halber rechtfertigt sich der Hinweis, dass die Kündigung einerseits und die Nichtverlängerung eines befristeten Anstellungsverhältnisses andererseits für den Arbeitnehmer vergleichbare Auswirkungen zeitigen (vgl. Erw. I/5.4). Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Anstellungsverhältnis eine gewisse Dauer erreicht hat und der Betroffene sämtliche Voraussetzungen für eine unbefristete Anstellung erfüllt. De lege ferenda (das heisst im Hinblick auf die zukünftige Gesetz- beziehungsweise Verordnungsgebung) stellt sich daher die Frage, ob für derartige Fälle eine Pflicht zur rechtzeitigen Mitteilung der Nichtverlängerung sowie eine diesbezügliche Begründungspflicht zu statuieren sind.

97 Kommunales Dienstverhältnis. Kündigung

- **Trotz des Verweises des Personalreglements auf die Bestimmungen des Obligationenrechts geht der effektive Kündigungsschutz von öffentlich-rechtlichen Angestellten weiter als derjenige der privat-rechtlich Angestellten (Erw. II/1).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 17. September 2009 in Sachen B. gegen Gemeinderat S. (2-KL.2008.11).

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Gemäss Art. 8 Abs. 3 des Personalreglements (PR) richtet sich der Kündigungsschutz bei Angestelltenverhältnissen nach den entsprechenden Bestimmungen des Obligationenrechts, mithin nach Art. 334 ff. OR.

Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es nach der obligationenrechtlichen Regelung grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Als missbräuchlich wird die Kündigung nur dann betrachtet, wenn sie aus bestimmten, in Art. 336 OR aufgezählten Gründen ausgesprochen wird. Da diese Aufzählung lediglich das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot konkretisiert, sind auch weitere Gründe denkbar; diese müssen indessen eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR genannten Tatbestände vergleichbar ist (BGE 132 III 115 ff., Erw. 2.1 mit Hinweisen).

1.2.

Trotz des Verweises des Personalreglements auf die Bestimmungen des Obligationenrechts geht der effektive Kündigungsschutz von öffentlich-rechtlich Angestellten weiter. Der staatliche Arbeitgeber ist, anders als der Private, in jedem Fall an die allgemeinen Grundsätze staatlichen Handelns gebunden, so an das in Art. 9 BV statuierte Willkürverbot oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Art. 5 Abs. 2 BV. Er darf daher eine Kündigung nur aussprechen,

wenn sachliche Gründe vorliegen (vgl. PRGE vom 16. April 2003 in Sachen V.F., Erw. II/2/a mit Hinweis; Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide [LGVE] 1999 II 3, Erw. 6/c). Mangels einer entsprechenden Regelung im Personalreglement ist diesbezüglich sinngemäss das kantonale Recht, insbesondere § 10 Abs. 1 PersG, heranzuziehen (vgl. § 50 Satz 2 GG).

(...)

98 Kommunales Dienstverhältnis. Kündigung.

- **Soll einem Arbeitnehmer aufgrund mangelhafter Leistung eine andere Stelle angeboten werden, die weniger verantwortungsvoll und weniger gut entlohnt ist, so muss ihm vorgängig eine Bewährungszeit angesetzt werden.**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 2. April 2009 in Sachen B. gegen Einwohnergemeinde R. (2-BE.2008.5).

Aus den Erwägungen

II.

5.

5.2.

Die Beklagte bot dem Kläger am 6. Februar 2008 und am 12. März 2008 eine Stelle als Leiter der Sektion Sozialhilfe an. Die mit der neuen Anstellung verbundene Lohnreduktion hätte Fr. 12'933.-- bzw. 9,5 % betragen.

5.3.

Gemäss § 18 des kommunalen Personalreglements (PR) sind die Mitarbeiter verpflichtet, *vorübergehend* auch Arbeiten auszuführen, für die sie nicht ausdrücklich gewählt oder angestellt worden sind, soweit ihnen dies aufgrund ihrer Fähigkeiten zugemutet werden kann. Dagegen ist die *dauernde* Zuweisung einer anderen zumutbaren Arbeit in § 10 Abs. 1 lit. d PR geregelt. Die Zumutbarkeit der anderen Arbeit beurteilt sich in erster Linie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben. Die Nichtbefolgung der Weisung, eine andere

zumutbare Arbeit zu übernehmen, bildet eine Vertragsverletzung und berechtigt den Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis mittels ordentlicher Kündigung aufzulösen (vgl. Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, S. 128).

5.4.

Weisungen hat der Arbeitnehmer nur zu befolgen, wenn diese rechtmässig sind. Namentlich ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, Weisungen zu befolgen, die seine Persönlichkeitsrechte verletzen (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Der Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319- 362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 321d N 3 und Art. 328 N 6; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2005, S. 142).

Gemäss Art. 328 OR hat der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. In Bezug auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse entschied das Bundesgericht, dass insbesondere Weisungen, welche das angestammte Tätigkeitsfeld des Arbeitnehmers ohne triftige Gründe oder ohne vorgängige Anhörung beschränken und ihn insbesondere hierarchisch zurückstufen, persönlichkeitsverletzend sein können (Bundesgerichtsurteil vom 4. August 2006, 4C.189/2006; BGE 110 II 172, Erw. 2/a = Pra 73 [1984] Nr. 177, Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 328 N 14). Soweit dies faktisch möglich ist, muss dem Arbeitnehmer zudem die Möglichkeit gegeben werden, z.B. durch Leistungssteigerung auf den Weisungsentcheid Einfluss zu nehmen bzw. den Entscheid unnötig werden zu lassen (Oliver Gloor/Catherine Aeby, Zurückstufung eines Arbeitnehmers [Bundesgerichtsentscheid] in: Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2006/2007, Daniel Lengauer/Stefan Zwicker/Giordano Rezzonico [Hrsg.], 13. Auflage, Zürich 2007, S. 166). Diese letzte Voraussetzung muss für die öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisse umso mehr gelten, als sowohl generell als auch insbesondere im Personalreglement der Beklagten ein gegenüber dem Privatrecht erhöhter Kündigungsschutz zur Anwendung gelangt. Der Grund hierfür liegt darin, dass im öffentlichen Recht die Rechtmässigkeit einer Kündigung vom Vorliegen eines sachlichen Grundes

abhängt, wogegen das Obligationenrecht Kündigungen aus beliebigen Gründen zulässt, solange sie nicht missbräuchlich sind (vgl. VPB 70.97, Erw. 2/d). Zudem darf die sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergebende Verpflichtung des Arbeitgebers, bei ungenügender Leistung und/oder ungenügendem Verhalten vorgängig der Kündigung eine Bewährungszeit einzuräumen (§ 10 Abs. 1 lit. c PR), nicht unterlaufen werden. Es widerspräche dieser Bestimmung, wenn Mitarbeitende bei mangelhaften Leistungen und/oder mangelhaftem Verhalten ohne vorgängige Ansetzung einer Bewährungsfrist eine sowohl hierarchisch als auch gehaltsmässig tiefere Stelle annehmen müssten, um nicht Gefahr zu laufen, gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. d PR gekündigt zu werden. Daher muss dem Arbeitnehmer, wenn eine Versetzung aufgrund von Mängeln in der Leistung und/oder im Verhalten in Betracht gezogen wird, die Möglichkeit einer Besserung eingeräumt werden, was faktisch darauf hinaus läuft, dass ihm analog § 10 Abs. 1 lit. c PR eine Bewährungszeit anzusetzen ist.

5.5.

Die Beklagte hat dem Kläger eine andere, weniger verantwortungsvolle und weniger gut entlohnte Stelle angeboten. Der Grund hierfür waren seine als mangelhaft empfundenen Leistungen. Entsprechend den obigen Erwägungen hätte ihm daher vorab eine Bewährungszeit angesetzt werden müssen. Dies ist in concreto unterblieben, sodass sich die Kündigung auch nach Massgabe von § 10 Abs. 1 lit. d PR als ungerechtfertigt erweist.

5.6.

Andere sachliche Gründe, welche eine Kündigung gerechtfertigt hätten, sind nicht erkennbar und werden von der Beklagten auch nicht geltend gemacht.

III. Besoldung

99 Kantonale Anstellung. Festlegung des Erfahrungsanteils

- **Inzidente Normenkontrolle von Art. 36 Abs. 3 PLV. Die Regelung, wonach Personalgruppen mit festem Grundlohn ("Grundlöhner") ein Erfahrungsanteil ausgerichtet wird, welcher der durchschnittlichen Lohnentwicklung des übrigen Staatspersonals ("Leistungslöhner") entspricht, ist rechtmässig. Insbesondere ist sie mit dem Rechtsleichheitsgebot sowie mit § 22 LD vereinbar (Erw. II/4).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 5. Dezember 2008 in Sachen X. gegen Justizbehörden (2-BE.2005.50016).

Aus den Erwägungen

II.

4.

4.1.

Weiter ist zu prüfen, ob bei den jährlichen Lohnveränderungen ab 1. Januar 2002 der Erfahrungsanteil des Beschwerdeführers jeweils korrekt festgelegt worden ist.

4.2.

Gemäss § 22 Abs. 2 LD kommt bei positiver Gesamtbeurteilung zum Grundlohn ein vom Regierungsrat bzw. vom Obergericht festgelegter Erfahrungsanteil dazu, welcher höchstens 20 % des Grundlohnes betragen kann. § 36 Abs. 3 PLV hält fest, dass die individuelle Lohnentwicklung im Erfahrungsanteil der durchschnittlichen Lohnentwicklung im Leistungsanteil entspricht. In Anwendung dieser Bestimmung erfolgten die jährlichen Lohnanpassungen des Beschwerdeführers jeweils nach Massgabe der durchschnittlichen Lohnentwicklung, welche für den Leistungsanteil der Leistungslöhne gesprochen worden war. Konkret wurde der jährliche Erfahrungsan-

teil in der Zeit zwischen 2001 und 2005 von Fr. 3'127.90 auf Fr. 8'352.10 erhöht.

4.3.

4.3.1.

Somit ist im Sinne einer inzidenten Normenkontrolle vorfrageweise zu klären, ob die vom Regierungsrat in § 36 Abs. 3 PLV statuierte Koppelung der individuellen Lohnentwicklung im Erfahrungsanteil an die durchschnittliche Lohnentwicklung im Leistungsanteil im Hinblick auf höherrangiges Recht zulässig ist.

4.3.2.

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit und damit Art. 8 Abs. 1 BV ist verletzt, wenn im öffentlichen Dienstverhältnis gleichwertige Arbeit ungleich entlohnt wird (PRGE vom 11. Juli 2005 in Sachen S.W., Erw. II/2/b).

Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind die Behörden befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Kriterien auszuwählen, die für die Besoldung von öffentlichrechtlich Angestellten massgebend sein sollen. Verfassungsrechtlich ist nicht verlangt, dass die Besoldung allein nach der Qualität der geleisteten Arbeit bzw. den tatsächlich gestellten Anforderungen bestimmt wird. Ungleichbehandlungen müssen sich aber vernünftig begründen lassen bzw. sachlich haltbar sein. So hat das Bundesgericht erkannt, dass Art. 8 BV nicht verletzt ist, wenn Besoldungsunterschiede auf objektive Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung Familienlasten, Qualifikation, Art und Dauer der Ausbildung, Arbeitszeit, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortlichkeiten zurückzuführen sind (BGE 131 I 105, Erw. 3.1).

4.3.3.

Die Unterteilung des Staatspersonals in eine Gruppe mit Leistungslohn und eine Gruppe mit Erfahrungslohn beruht auf sachlichen Gründen. Die Einführung eines leistungsorientierten Lohnsystems dient der Gerechtigkeit, Flexibilität, Leistungs- und Führungsbetonung (vgl. dazu Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 19. Mai 1999 [Botschaft], S. 13 f.). Eine Leistungsbeurteilung ist jedoch bei gewissen Berufsgruppen nicht

sinnvoll; teils wegen Fehlens der Kriterien, teils mangels einer eindeutigen Hierarchie (Botschaft, S. 20). Insbesondere bei Richtern ist zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit von einer Leistungsbeurteilung abzusehen (Protokoll der Sitzung vom 10. September 1999 der Nichtständigen Kommission Nr. 17 "Personalvorlagen", S. 321; Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 289 ff.). Die in § 36 Abs. 3 PLV vorgenommene Unterscheidung zwischen der individuellen Lohnentwicklung im Erfahrungsanteil und Leistungsanteil ist daher mit dem Rechtsgleichheitsgebot ohne weiteres vereinbar.

4.3.4.

Mit der Koppelung der individuellen Lohnentwicklung im Erfahrungsanteil an die durchschnittliche Entwicklung im Leistungsanteil (§ 36 Abs. 3 PLV) ist vom Regierungsrat ein starres System eingeführt worden, in welchen die "Grundlöhner" mit zunehmender Erfahrung bei positiver Gesamtbeurteilung automatisch vorrücken und in regelmässigen Zeitabständen in den Genuss von Lohnerhöhungen kommen. Eigentlicher Grund für diesen Automatismus ist der Entscheid, die "Grundlöhner" keiner Leistungsbeurteilung zu unterziehen und ihnen stattdessen zum Grundlohn einen Erfahrungsanteil auszurichten. Denn es liegt auf der Hand, dass die konkrete Berufserfahrung eines Mitarbeiters anhand dessen Dienstjahre gemessen wird und damit automatisch mit jedem weiteren Jahr zunimmt. Dass bei der Bemessung der Entwicklung des Erfahrungsanteils auf die durchschnittliche Entwicklung bei den Leistungslohnbezügern abgestellt wird, ist eine Folge der Anwendung des Rechtsgleichheitsprinzips. In § 11 Abs. 1 Satz 3 LD wird im Zusammenhang mit der Steuerung der Lohnentwicklung explizit festgehalten, dass die Personalgruppen mit Positions- und Leistungsanteil und Gruppen mit Grundlohn und Erfahrungsanteil in der durchschnittlichen Lohnentwicklung auf die Dauer gleich zu behandeln sind. Das Interesse des Staates an einer einheitlichen Lohnentwicklung der verschiedenen Personalkategorien ist zentral.

4.3.5.

Demzufolge ist die in § 36 Abs. 3 PLV vorgesehene Koppelung an die durchschnittliche Lohnentwicklung nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen das Rechtsgleichheitsgebot ist nicht ersichtlich.

4.4.

(...)

4.5.

Zu prüfen ist allerdings, ob der Regierungsrat in Anbetracht der Bestimmung des § 22 Abs. 2 LD überhaupt die Kompetenz hatte, auf dem Verordnungsweg eine Regel über die Bemessung des Erfahrungsanteils aufzustellen.

Prof. Peter Hänni hat diese Frage im Gutachten ausführlich geprüft (vgl. Erw. 3.3.2.3). In § 22 Abs. 2 Satz 2 LD heisst es, dass bei positiver Gesamtbeurteilung "ein vom Regierungsrat bzw. Obergericht festgelegter Erfahrungsanteil" zum Grundlohn dazu kommt. Diesen Wortlaut könnte man dahin verstehen, dass für die Anpassung der Erfahrungslöhne von Mitarbeitern der allgemeinen Verwaltung der Regierungsrat und bei Justizbehörden das Obergericht zuständig ist. Hänni kommt in diesem Zusammenhang jedoch zum Schluss, dass sich die Selbständigkeit der Justizverwaltung nach § 96 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV; SAR 110.000) nur auf jene Bereiche bezieht, deren Regelung durch die Exekutive die richterliche Unabhängigkeit einschränken könnte. Das sei vorliegend jedoch nicht der Fall. Der Spielraum für die individuelle Lohnentwicklung liege im tieferen einstelligen Prozentbereich. Die Gefahr einer Beeinflussung der Richter durch die jährliche Lohnanpassung sei somit gering. Der Umstand, dass allen Bezüglern eines Erfahrungslohns grundsätzlich eine gleich hohe Lohnerhöhung zugesprochen werde, schränke das Risiko einer Beeinflussung der richterlichen Tätigkeit zusätzlich ein. Würde die Lohnanpassung durch das Obergericht vorgenommen, wäre – schon wegen den beschränkten finanziellen Mitteln und des Grundsatzes von § 11 Abs. 1 Satz 3 LD – eine von der geltenden Lösung wesentlich abweichende, andere Regelung kaum möglich. Darüber hinaus bestünde die Gefahr einer Ungleichbehandlung der Erfahrungslohnbezüglern aus der Justizverwaltung und jenen aus anderen Verwaltungsbereichen (Gutachten

a.a.O., S. 33 ff.). Gestützt auf diese Überlegungen kommt das Gericht zum Schluss, dass die Erwähnung des Obergerichts in § 22 Abs. 2 LD so zu verstehen ist, dass dieses bei den Justizbehörden lediglich über die positive Gesamtbeurteilung zu befinden hat, welche dann den entsprechenden Erfahrungsanteil auslöst. Der Regierungsrat allein ist dagegen für die Regelung der Anpassung / Bemessung von Erfahrungslöhnen sowohl der Justizbehörden als auch der allgemeinen Verwaltung zuständig.

Demnach kann festgehalten werden, dass die Bestimmung des § 36 Abs. 3 PLV mit § 22 Abs. 2 LD ohne weiteres vereinbar ist. Die Zuständigkeit der Verwaltungskommission des Obergerichts ein von § 36 Abs. 3 PLV unabhängiges System betreffend Festlegung des Erfahrungsanteils auszugestalten und umzusetzen, ergibt sich folglich nicht.

4.6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Festlegung des Erfahrungsanteils des Beschwerdeführers im Rahmen der gesetzlichen Grundlagen nicht zu beanstanden ist. Insbesondere ergibt sich auch kein Anspruch, innert einer gewissen Dauer den maximalen Erfahrungsanteil erreichen zu können.

Verwaltungsbehörden

I. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht

100 Beschaffenheit einer Privatstrasse

- Das öffentliche Recht regelt die Dimensionierung wie auch die Festigkeit und die technische Ausgestaltung (Ausbaustandard) von Privatstrassen nicht.

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 8. Mai 2009, i.S. F. gegen D., I. und Gemeinderat Suhr.

Aus den Erwägungen

4. b) (...) Die kantonalen gesetzlichen Grundlagen regeln lediglich die Beschaffenheit von öffentlichen Strassen (§ 44a ABauV), wohingegen über die Beschaffenheit von privaten Strassen keine Bestimmung existiert. Private Strassen, an denen kein Gemeingebrauch besteht, werden durch die VSS-Normen nur insofern geregelt, als es sich um Grundstückszufahrten handelt. Als «Grundstückszufahrt» im Sinne der VSS-Norm SN 640 050 wird eine für die Benützung mit Strassenfahrzeugen bestimmte Verbindung (private Ein- und Ausfahrt) zwischen einer öffentlichen, vortrittberechtigten Strasse und einem anliegenden Grundstück mit kleinem Verkehrsaufkommen verstanden (siehe auch AGVE 2006, S. 483). Für Privatstrassen gilt ausschliesslich, dass sie das Erfordernis einer hinreichenden Zufahrt erfüllen müssen (vgl. AGVE 1976, S. 269). (...)

d) (...) § 92 Abs. 1 BauG hält fest, dass Strassen, Wege und Plätze ihrer Zweckbestimmung entsprechend und möglichst flächensparend zu erstellen, zu ändern und zu erneuern sind. Das Kriterium der Öffentlichkeit einer Sache knüpft nicht an ihre Zugehörigkeit zum Gemeinwesen an, sondern an ihre Zweckgebundenheit. «Öffentlich» bedeutet in diesem Zusammenhang «öffentlich-rechtlich», unmittelbar öffentlichen Zwecken dienend, für alle bestimmt sein,

allen offenstehend (vgl. ERICH ZIMMERLIN, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, § 12 N 4). Private Strassen müssen entsprechend ihrer Zweckbestimmung nur private Verkehrsbedürfnisse erfüllen. Sie stehen nicht allen offen. Es handelt sich um von Privaten erstellte Strassen, die nicht dem Gemeingebrauch gewidmet sind (vgl. § 8 des Strassenreglements). Ebenso hielt der Vertreter der Abteilung Verkehr anlässlich der Augenscheinsverhandlung fest, dass nur die Ausgestaltung öffentlicher Strassen gesetzlich geregelt sei, wohingegen für die Frage, welche Anforderungen Privatstrassen zu erfüllen haben, keine Regelung existiere. (...)

Dass das kantonale Recht über die Ausgestaltung von privaten Strassen keine gesetzliche Regelung kennt, hat nicht zur Folge, dass der B.-weg bezüglich seiner Beschaffenheit gar keine Vorgaben erfüllen muss. Vielmehr muss entsprechend den bundesrechtlichen Minimalanforderungen eine hinreichende und gemäss den kantonalen Vorgaben eine ihrer Zweckbestimmung entsprechende Zufahrt zu den geplanten Bauten bestehen. Dabei bestimmt das Verhältnismässigkeitsprinzip die im Einzelfall geforderte Erschliessung. Die Anforderungen an eine genügende Erschliessung hängen einerseits von der beanspruchten Nutzung und andererseits von den massgeblichen Umständen des Einzelfalls ab (vgl. zum Ganzen: WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Bern 2006, zu Art. 19 N 14). Die Frage der hinreichenden Zufahrt hat sich nach den zonengerechten Baumöglichkeiten der Fläche zu richten, die sie erschliessen will (vgl. WALDMANN/HÄNNI, zu Art. 19 N 21; AGVE 1999, S. 202).

(...) Es liegt im Ermessen aller Grundeigentümer, die Privatstrasse bequemer und komfortabler auszugestalten. Es ist nicht Sache der Öffentlichkeit, eine breitere Zufahrt zu realisieren. Sicherzustellen ist nur, dass eine hinreichende Zufahrt besteht, welche die wichtigsten Erschliessungsanforderungen wie verkehrs-, gesundheits- und feuerpolizeiliche Anliegen umsetzt (vgl. Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Hrsg. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Raumplanung, Bern 1981, zu Art. 19 N 12). Vor diesem Hintergrund hat der B.-weg auch

öffentlichen Rettungsdiensten wie Sanität und Feuerwehr einen ungehinderten Zugang zum Grundstück zu ermöglichen. (...)

5. b) Wie bereits dargelegt, findet § 44a ABauV nur soweit Anwendung, als es um die Beschaffenheit öffentlicher Strassen geht. Gleiches gilt, soweit es sich um die technische Ausgestaltung öffentlicher Strassen handelt. Demgegenüber existiert keine gesetzliche Bestimmung, welche die Festigkeit und die technischen Anforderungen an den Ausbau einer Privatstrasse regelt. Somit kann nicht gefordert werden, dass der B.-weg in irgendeiner Form ausgebaut, unterhalten oder sonst wie angepasst wird. (...)

Dass sich der B.-weg als gekiester «Feldweg» präsentiert, bewirkt nichts Gegenteiliges. Ebenso unerheblich ist, dass der B.-weg nicht auf der gesamten ausgemachten Breite von 3 m gekiest ist. Soweit die Miteigentümer eine komfortablere Lösung wünschen, haben sie sich privatrechtlich zu verständigen.

101 Bewilligung von Strassenreklamen im Bereich der Nationalstrassen 1. und 2. Klasse

- **Bindung des Regierungsrates an die Beurteilung durch das zuständige Bundesamt**

Aus dem Entscheid des Regierungsrates vom 24. Juni 2009 i.S. G. AG gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt/Gemeinderats O.

Aus den Erwägungen

4. Fehlende Genehmigung durch das Bundesamt

4.1. Gemäss Art. 99 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SSV) bedarf das Anbringen und Ändern von Strassenreklamen der Bewilligung der nach kantonalem Recht zuständigen Behörde; vor der Erteilung der Bewilligung für Strassenreklamen im Bereich der Nationalstrassen 1. und 2. Klasse ist die Genehmigung des Bundesamts einzuholen.

Die Kantone sind an die bundesrechtlichen Vorschriften gebunden. Das Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1998). In diesem Sinn sind die Kantone beziehungsweise die kantonalen Behörden verpflichtet, bei der Rechtsanwendung das übergeordnete Bundesrecht zu beachten.

Im Gegensatz zu anderen Bundesgesetzen verlangt die SSV zwingend eine Genehmigung und nicht nur eine Anhörung der zuständigen Bundesbehörden. Im Fall einer blossen Pflicht, die Bundesbehörden anzuhören, könnten die kantonalen Behörden ohne weiteres entgegen dem gestellten Bundesantrag entscheiden, wobei die Bundesbehörden auf den ihnen in diesen Verfahren geöffneten kantonalen Rechtsweg verwiesen werden könnten (vgl. dazu z.B. Art. 18m des Eisenbahngesetzes [EBG] vom 20. Dezember 1957 für die kantonalen Bewilligungen der Nebenanlagen). Demgegenüber ist die Genehmigung bundesrechtliche Voraussetzung für die Erteilung einer entsprechenden kantonalen Baubewilligung. Den kantonalen Behörden ist es damit aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts versagt, ohne Genehmigung des Bundesamts für Strassen (ASTRA) eine Strassenreklame im Bereich der Nationalstrassen 1. und 2. Klasse zu bewilligen.

Das ASTRA verweigerte die Zustimmung für einen Teil der beantragten Reklamepositionen (Positionen 2 bis 4 sowie 7 bis 9 und ein Schild der Position 6; Schreiben des ASTRA ...). An dieser Genehmigungsverweigerung hielt das ASTRA mit Stellungnahme vom 1. Mai 2009 fest. Ohne einen Verstoss gegen das massgebende Bundesrecht zu begehen, ist es dem Regierungsrat demnach auch im Beschwerdeverfahren verwehrt, die Beschwerde der Beschwerdeführerin insoweit gutzuheissen, als sie die Erteilung der Baubewilligung für die vom ASTRA nicht genehmigten Reklameanlagen begehrt.

4.2. Die Beschwerdeführerin führte in ihrer Stellungnahme aus, dass die Rechtsweggarantie ein Verfahrensgrundrecht darstelle. Im Kanton sei die Rechtsweggarantie umgesetzt. Der Zugang zu einem Gericht sei gegeben. Der Regierungsrat habe genau gleich wie das Verwaltungsgericht – nota bene ein kantonales Gericht – zu entscheiden. Eine föderale Rücksichtnahme auf den Entscheid des Bun-

desamts für Strassen ASTRA käme einer Rechtsverweigerung gleich. In föderaler Hinsicht spiele es keine Rolle, ob eine kantonale Regierung oder ein kantonales Gericht entscheide; es müsse ein Entscheid gefällt werden. Die Behauptung, erst auf Bundesebene könne die notwendige Genehmigung des Bundesamts für Strassen ASTRA überprüft werden, könne nicht stimmen.

Dieser Ansicht kann nicht beigeplichtet werden. Der Regierungsrat ist nämlich weder Aufsichtsbehörde des ASTRA, noch kommt ihm von Bundesrechts wegen eine Kompetenz zu, die Entscheidungen des ASTRA zu überprüfen beziehungsweise der Beschwerdeführerin an Stelle des ASTRA die notwendige Genehmigung zu erteilen. Vielmehr ist der Regierungsrat – wie dargelegt – ans Bundesrecht gebunden und darf deshalb eine Baubewilligung für Strassenreklamen im Bereich von Nationalstrassen 1. und 2. Klasse nur bewilligen beziehungsweise eine Beschwerde auf Erteilung der Baubewilligung nur gutheissen, falls die bundesrechtlich verlangte Genehmigung des ASTRA vorliegt (Art. 99 SSV). Der Regierungsrat prüft die Beschwerde mit voller Kognition; er bleibt aber an das Bundesrecht und den darin statuierten Genehmigungsvorbehalt gebunden. Dies mag zwar für die Beschwerdeführerin zur unbefriedigenden Konsequenz führen, dass der Genehmigungsentscheid, obwohl vom Gemeinderat eröffnet, von den kantonalen Rechtsmittelinstanzen nicht geändert werden kann und damit ihre Anfechtung beim Regierungsrat ins Leere läuft.

(...)

102 Gewässernutzungsgebühr

- **Frage des Vorliegens eines Sonderfalles gemäss § 17 WnD und der damit verbundenen Ermässigung der Nutzungsgebühr**

Aus dem Entscheid des Regierungsrates vom 2. Dezember 2009 i.S. Wasserfahrverein R.M. gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt.

Aus den Erwägungen

4. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass es unter Berücksichtigung aller Fakten, insbesondere der Nutzung (nur im Winterhalbjahr) und Bauweise der Bauten (der Unterstand ist offen und uneingeschränkt zugänglich) respektive der Tätigkeit des Wasserfahrvereins (Ausbildung von Jungpontonieren, Jugendförderung etc.) angebracht sei, bei der Festlegung der Gebührenhöhe § 17 des Wassernutzungsabgabendeckrets (WnD) vom 18. März 2008 (Sonderfälle) zu berücksichtigen. Zudem gewähre man Schulen und Behindertenvereinigungen ein kostenloses Gastrecht und die Möglichkeit, die Natur am und auf dem Rhein zu erleben.

Es handelt sich vorliegend nicht um Sonderfälle im Sinne von § 17 WnD. Besondere Verhältnisse, die zu einer Ermässigung der Nutzungsgebühr führen können, liegen gemäss regierungsrätlicher Praxis dann vor, wenn aus objektiven Gründen die einer erhobenen Gebühr zugrunde liegende Nutzung des Gewässers nur während eines Bruchteils des Jahres stattfindet (vgl. RRB Nr. ...). Dass der Weidlingsunterstand ausschliesslich im Winterhalbjahr als Bootsunterstand dient, ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Boote in dieser Jahreszeit nicht genutzt und deshalb dort untergebracht werden. Zweifelsfrei ist es dem Beschwerdeführer auch im Sommer möglich, den Unterstand zu benutzen. Ein objektiver Grund, weshalb die einer erhobenen Gebühr zugrunde liegende Nutzung nur während eines Bruchteils des Jahres stattfindet, würde dann vorliegen, wenn die Nutzung effektiv nur während eines Teils des Jahres möglich wäre. Des Weiteren hat sich der Wortlaut des § 17 WnD im Vergleich zu § 14 des Gebührendeckrets zum Gesetz über die Nutzung der öffentlichen Gewässer vom 15. Mai 1990 (GnD) nur marginal geändert. Dies bedeutet, dass die in Bezug auf die Sonderfälle eingeschlagene Praxis weitergeführt werden soll (vgl. auch Seite 2 der Botschaft des Regierungsrats an den Grossen Rat betreffend das Wassernutzungsabgabendeckret vom 23. Januar 2008; 08.29). Es ist nicht ersichtlich, weshalb mit Inkrafttreten des WnD auf einmal ein Sonderfall vorliegen sollte, war ein solcher auch unter Anwendung des GnD nicht gegeben.

An dieser Stelle sei noch erwähnt, dass jemand, der staatliches Areal an öffentlichen Gewässern ausschliesslich benutzen darf, gegenüber der Grosszahl der Bürgerinnen und Bürger, welchen diese Möglichkeit verwehrt bleibt, privilegiert ist (vgl. RRB Nr. ...). Das vom Beschwerdeführer dieser Rechtsprechung entgegengebrachte Argument, es würde jedermann freistehen dem Verein beizutreten und somit auch von diesem Privileg zu profitieren, vermag nicht zu überzeugen. Ist doch die Vereinszugehörigkeit in aller Regel mit einem zu entrichtenden Mitgliederbeitrag oder anderen Pflichten verbunden. Die Mitglieder des Wasserfahrvereins R. M. kommen in den Genuss, staatliches Areal an öffentlichen Gewässern benutzen zu dürfen. Dies bleibt all jenen Personen verwehrt, welche dem Wasserfahrverein nicht beitreten wollen. Folglich liegt tatsächlich eine Privilegierung des Vereins vor und eine entsprechende Gebührengestaltung und -erhebung ist gerechtfertigt.

(...)

103 Planungszone

- **Frage der Anwendung einer erst nach Einreichung des Baugesuchs bzw. erst im Rechtsmittelverfahren erlassenen Planungszone auf ein hängiges Bauvorhaben**

Aus dem Entscheid des Regierungsrates vom 17. Dezember 2008 i.S. R.B. gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt/Gemeinderats L.

Aus den Erwägungen

6. Anwendung der Planungszone auf das vorliegende Bauvorhaben

6.1. Der Gemeinderat L. erliess mit Beschluss vom 26. März 2008 gestützt auf Art. 27 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 i.V.m. § 29 des Gesetzes über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen (Baugesetz;

BauG) vom 19. Januar 1993 über die Parzellen 16, 17, 21, 566 sowie teilweise über die Parzellen 18, 19, 20, 39, 41, 42 und 768 im Gebiet "H. H." eine Planungszone. Der Beschwerdeführer erhob mit Eingabe vom 29. April 2008 dagegen Einsprache. Der Gemeinderat L. wies diese sowie eine andere Einsprache mit Entscheid vom 13. Oktober 2008 ab und bestätigte die festgelegte Planungszone. Gegen diesen Entscheid des Gemeinderats hat der Beschwerdeführer beim Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU) am 6. November 2008 Beschwerde erhoben; ein Entscheid des BVU steht zurzeit noch aus.

6.2. Gemäss § 29 Abs. 1 BauG können, während der Erlass oder die Änderung von Nutzungsplänen und -vorschriften vorbereitet wird, Planungszone für genau bezeichnete Gebiete erlassen werden, um Vorkehrungen zu verhindern, welche die Verwirklichung des Zwecks dieser Pläne und Vorschriften erschweren. Zuständig ist bei kommunalen Nutzungsplänen und -vorschriften der Gemeinderat. Planungszone werden mit der öffentlichen Auflage wirksam und gelten bis zum Inkrafttreten der Nutzungspläne und -vorschriften, deren Zweck sie sichern, längstens 5 Jahre. Bewilligungen für Bauten in der Planungszone dürfen nur erteilt werden, wenn feststeht, dass sie die Verwirklichung der neuen Pläne und Vorschriften nicht erschweren. Die Bewilligungen bedürfen der Zustimmung der Behörde, welche die Planungszone erlassen hat (§ 29 Abs. 2 BauG). Die Bestimmung von § 29 BauG bezweckt wie Art. 27 RPG die Sicherung der Entscheidungsfreiheit der Planungsbehörden. Künftigen Planfestsetzungen wird durch den Erlass einer Planungszone eine sog. negative Vorwirkung zuerkannt, indem Baubewilligungen nur noch erteilt werden, wenn dadurch die vorgesehene planerische Neuordnung nicht erschwert wird. Eine Plansicherungsmassnahme wie die Planungszone ist aufgrund ihrer eigentumsbeschränkenden Wirkung nur bei Wahrung der Verhältnismässigkeit zulässig (vgl. Alexander Ruch, in: Heinz Aemisegger/Alfred Kuttler/Pierre Moor/Alexander Ruch [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung [Kommentar RPG], Zürich 1999, Art. 27 N. 27).

6.3. Planungszone werden in einem selbständigen, nicht wie die Bausperre auf ein konkretes Baugesuch bezogenen Verfahren er-

lassen, und zwar "für genau bezeichnete Gebiete" (§ 29 Abs. 1 BauG). Betroffen sind im vorliegenden Fall Teile des Gebiets "H. H.". Da Einsprachen und Beschwerden gegen die Festlegung von Planungszonen keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 29 Abs. 3 BauG), ist der Gemeinderatsbeschluss vom 26. März 2008 grundsätzlich verbindlich. Der Regierungsrat hat die Thematik der Planungszone an sich nicht weiter zu hinterfragen, da sie nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Als Vorfrage stellt sich die Planungszone (in generellem Sinne) ebenfalls nicht, da ein Entscheid der sachkompetenten Behörde, d.h. des Gemeinderats, ja wie erwähnt vorliegt (siehe Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 72 ff.). Eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens ist seitens des Beschwerdeführers abgelehnt worden.

6.4. Die Wirksamkeit der Planungszone kann im konkreten Einzelfall allerdings dann in Frage stehen, wenn sich die hinter der Massnahme stehende Planungsabsicht erst nach Einreichung des Baugesuchs verfestigt hat (BGE 118 Ia 510; Alexander Ruch, a.a.O., Art. 27 N. 27). Vorliegend erliess der Gemeinderat L. die Planungszone erst am 26. März 2008 während der Hängigkeit des Beschwerdeverfahrens vor dem Regierungsrat. Auch wenn im Rahmen der Verfahren W. und H. eine Siedlungsentwicklung Richtung Norden angedacht worden sein mag, bestand zum Zeitpunkt der Einreichung des Baugesuchs Anfang Juni 2007 jedenfalls noch keine konkrete und nach aussen kundgegebene Planungsabsicht, die Zonenplanung zu revidieren und das Gebiet „H. H.“ der Bauzone zuzuführen oder von Bauten und Anlagen freizuhalten, welche die Siedlungsentwicklung langfristig erschweren. Die entsprechende Planungsabsicht verdichtete sich erst nach Baugesuchseinreichung bzw. erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens vor Regierungsrat. Dies ergibt sich u.a. aus den Daten der Einleitung der Massnahmen zum Erlass der Planungszone sowie der Einholung der Offerte zur Teilrevision der Nutzungsplanung und wird auch durch die Aussagen der Gemeindevertreter anlässlich der Augenscheinsverhandlung vom 13. Mai 2008 belegt. Insofern kann die strittige Frage, ob anlässlich der Augenscheinsverhandlung vom 20. August 2007 von einer Einzonung die Rede war oder nicht, offen bleiben.

6.5. Das kantonale Baugesetz sowie die Allgemeine Verordnung zum Baugesetz (ABauV) vom 23. Februar 1994 regeln die Frage nicht, ob eine Planungszone, welche erst nach Einreichung des Baugesuches bzw. erst im Rechtsmittelverfahren erlassen wird, auch für das entsprechende Bauvorhaben wirksam ist. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist es für die Beantwortung der genannten Frage notwendig, die privaten Interessen des Bauherrn an der Baurealisierung und die öffentlichen Interessen an der Planänderung gegeneinander abzuwägen (Alexander Ruch, a.a.O., Art. 27 N. 27; BGE 118 Ia 510; BGE 1P.539/2003). Dabei kommt den privaten Interessen im Rahmen der Interessenabwägung ein erhöhtes Gewicht zu. Auch wenn die Grundeigentümerinnen oder die Grundeigentümer keinen Anspruch darauf haben, dass ihre baulichen Nutzungsmöglichkeiten dauernd bestehen bleiben, müssen sie doch bei Ausarbeitung eines Bauprojekts auf geltende und auf voraussehbare künftige planungsrechtliche Vorschriften abstellen können. In dieser Situation müssen deshalb besondere öffentliche Anliegen in Frage stehen, damit die zur Diskussion stehende Planungszone für den Beschwerdeführer Geltung haben kann (BGE 118 Ia 510; BGE 1P.539/2003).

6.6. Gemäss Erläuterungsbericht zur Planungszone "H. H." soll im Rahmen der anstehenden Änderung der Nutzungsplanung die Erweiterung des Baugebiets, insbesondere der Wohn- und Mischzonen geprüft werden. Dabei ist beabsichtigt, das Planungsgebiet „H. H.“ in eine Bauzone zu überführen oder von Bauten und Anlagen freizuhalten, welche die Verwirklichung der Siedlungsentwicklung langfristig erschweren.

Der Regierungsrat stellt nicht in Frage, dass die seitens der Gemeinde damals für eine Auszonung angeführten Überlegungen (u.a. lokaler Ortsbildschutz, Siedlungsbegrenzung, Erhaltung der typischen alten Dorfsituation; vgl. vorne Sachverhalt A.) rund 20 Jahre später ihre Gültigkeit verloren haben können. Dies zumal bereits damals ausdrücklich vorbehalten wurde, dass in 20 – 30 Jahren eine Entwicklung in dieser Richtung erfolgen könne (vgl. RRB Nr. ...). Ebenso wenig stellt der Regierungsrat grundsätzlich das öffentliche Interesse an einer Erweiterung des Baugebiets und einer längerfristigen Siedlungsentwicklung in Abrede. Er ist indessen nicht der Auf-

fassung, das öffentliche Interesse sei im vorliegenden Fall als besonders gewichtig einzustufen. Einerseits ist das angeführte öffentliche Interesse an der Erweiterung des Baugebiets von allgemeiner Bedeutung und nicht einzig auf das Gebiet "H. H." bezogen. Andererseits wird es durch die Verwirklichung der geplanten Neubaute auch nicht verunmöglicht. Wie die Berechnungen der Abteilung für Landwirtschaft DFR ergaben, muss der Stall gegenüber einer reinen Wohnzone einen Abstand von 26 m und gegenüber einer vorliegend wohl im Vordergrund stehenden Mischzone einen Abstand von 18 m einhalten, wobei innerhalb der gleichen Zone ab Abluftöffnung bis zur nächstgelegenen Fassade gemessen wird. Betrachtet man das konkrete Projekt, die örtlichen Verhältnisse, die heutigen Eigentumsverhältnisse sowie den gemäss § 6 BNO bei allen Zonen einzuhaltenden Grenzabstand von minimal 4 m wird klar, dass die Einhaltung des Mindestabstands gegenüber den nachbarlichen Parzellen im Falle einer späteren Einzonung des Gebiets "H. H." lediglich bei Parzelle 16 problematisch sein könnte. In Anbetracht dessen, dass der Abstand des geplanten Neubaus zur nachbarlichen Parzelle 39, gemessen ab Nordwestseite des geplanten Stalls bis zur Parzellengrenze, rund 40 m beträgt, liesse sich die künftige Einhaltung des Mindestabstands indes mit einem leichten Verschieben des Neubaus oder/und einer Umplatzierung des Mistplatzes auch zur Parzelle 16 hin ohne Weiteres sicherstellen. Es obliegt indes dem Gemeinderat L., dies zu prüfen und gegebenenfalls die hierfür erforderlichen Auflagen/Bedingungen anzuordnen. Für den Regierungsrat ist jedenfalls nicht einsehbar, weshalb bei einer allfälligen späteren Einzonung des Gebiets der geplante Stallneubau hinsichtlich der Geruchsemissionen problematischer sein sollte als der 1998 bewilligte Pferdestall. In Anbetracht des anlässlich der Augenscheinsverhandlung feststellbaren landwirtschaftlichen Charakters des fraglichen Gebiets kann auch nicht gesagt werden, dass der Neubau eines Stalls das mit der Planungszone belegte Gebiet unwiderruflich in seiner äusseren Erscheinung verändern würde. Zudem kann auch füglich in Frage gestellt werden, inwieweit es Sinn macht, ein Gebiet in die Bauzone überführen zu wollen, welches sich zu einem grossen Teil im Eigentum des Beschwerdeführers befindet und somit wohl in

näherer Zukunft nicht handelbar werden dürfte. Hinzu kommt noch, dass der Hochstammobstbestand im Kulturlandplan als geschütztes Naturobjekt (§ 20 BNO) ausgewiesen ist.

Der Regierungsrat zieht des Weiteren den erfolgten Wandel der politischen Vorstellungen über die künftige räumliche Entwicklung sowie den Wachstum von L. in Betracht, wurde doch noch im Verfahren betreffend Auszonung des Gebiets „F.“ seitens des Gemeinderats bzw. der Gemeindeversammlung vorgebracht, die Gemeinde L. wünsche kein stärkeres Wachstum, während im vorliegenden Verfahren der Wunsch nach einem dynamischen Wachstum geltend gemacht wird. Nicht zuletzt ist, wenn es auch vorliegend nicht um die Frage der Rechtmässigkeit der Planungszone geht, zu erwähnen, dass der zuständige Kreisplaner im Rahmen seiner Vernehmlassung zum Schluss kam, dass ein aktueller Bedarf an Wohn- und Mischzonen in der Gemeinde L. nicht gegeben sei und die bestehenden Kapazitäten bei der prognostizierten Einwohnerentwicklung ohne weiteres für die Planungsperiode von 15 Jahren ausreichen würden. Aus all diesen Überlegungen gelangt der Regierungsrat zum Schluss, dass im vorliegenden Fall das öffentliche Interesse an der planerischen Neuordnung zwar durchaus vorhanden, aber nicht als besonders gewichtig zu qualifizieren ist.

Betrachtet man die Interessenlage des Beschwerdeführers näher, ist zunächst zu beachten, dass dieser bzw. dessen Rechtsvorgänger durch die im Jahr 1990 erfolgte Auszonung faktisch auf den heutigen Betriebsstandort festgemacht worden sind. Gestützt auf diese Planungsgrundlage hat der Beschwerdeführer seit der 1994 erfolgten Hofübernahme am heutigen Betriebsstandort erhebliche Dispositionen getroffen. Gemäss der vom Beschwerdeführer nachträglich eingereichten Auflistung der Investitionen, welche seitens des Gemeinderats unbestritten blieb, belaufen sich die seit der Hofübernahme getätigten Investitionen auf insgesamt Fr. 1'770'000.-, wobei darin die Eigenleistungen des Beschwerdeführers noch nicht mal zu 100 Prozent abgebildet sind; der Brandwert nahm im Zeitraum vom 1. Januar 1994 bis zum 1. Januar 2008 sodann um Fr. 1'844'000.- zu. Zu diesen getätigten erheblichen Investitionen kommt, dass die Mutterkuhhaltung im heutigen Stallprovisorium nicht weiter auf-

rechterhalten werden kann und der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben auf den Erhalt des Eigenlands sowie auf die Ausdehnung der Mutterkuhhaltung bzw. den Neubau des Stalls angewiesen ist, um weiterhin als landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) vom 4. Oktober 1991 zu gelten, was Voraussetzung ist, um als Pächter von einem Vorkaufsrecht Gebrauch machen zu können. Insofern ist für den Regierungsrat durchaus nachvollziehbar, dass der Bau des geplanten Mutterkuhstalles für die langfristige Sicherung des Landwirtschaftsbetriebs von existenzieller Bedeutung ist.

Des Weiteren gilt es bei der Interessenlage der Bauherrschaft gewichtig zu beachten, dass zumindest die mit den Investitionen verbundenen diversen Bautätigkeiten einer Bewilligung seitens der Gemeinde bedürften. Auch wenn der Regierungsrat keineswegs verkennt, dass Raumpläne grundsätzlich jederzeit geändert werden können, durfte sich der Beschwerdeführer im konkreten Fall mit den seitens der Gemeinde offenbar immer wieder vorbehaltlos und ohne jegliche Sicherstellungen bezüglich einer künftigen Bauzonenerweiterung erteilten Bewilligungen in seinem Vertrauen in den heutigen Standort immer wieder von Neuem bestärkt fühlen. Dieses Verhalten der Gemeinde steht für den Regierungsrat in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Behauptung, wonach es für den Gemeinderat schon vor 8 Jahren keinen Zweifel daran gab, dass sich die Wohnzone in nördlicher Richtung entwickeln solle. Nicht zuletzt ist aber auch an die im Falle einer negativen Vorwirkung der Planungszone nutzlos werdenden planerischen Aufwendungen zu denken. Auch wenn es sich beim Vorhaben nicht um ein besonders komplexes Vorhaben handelt, so kann doch auch nicht gesagt werden, dass dem Beschwerdeführer nur ein minimaler planerischer Aufwand erwachsen sei. In Anbetracht all dessen und aufgrund des nachträglichen Erlasses der Planungszone verdienen im vorliegenden Fall die Aspekte Rechtssicherheit, Vertrauensschutz sowie Treu und Glauben erhöhtes Gewicht. Dies umso mehr als – wie vorstehend ausgeführt – durch die Verwirklichung des geplanten Bauvorhabens weder die Planungsabsichten der Gemeinde (Erweiterung des Baugebiets) ver-

unmöglichst werden noch der Erlass der Planungszone über das Gebiet "H. H." generell fragwürdig wird.

Stellt man dieses namhafte private Interesse an der Realisierung des Bauvorhabens dem eingangs geschilderten, gesamthaft betrachtet eher geringfügigeren öffentlichen Interesse an einer planerischen Neuordnung gegenüber, ergibt sich für den Regierungsrat die eindeutige Schlussfolgerung, dass im konkreten Fall die am 26. März 2008 verfügte Planungszone dem Beschwerdeführer nicht entgegengehalten werden kann. Dies bedeutet, dass der beabsichtigten Änderung der planerischen Ordnung im konkreten Fall keine (negative) Vorwirkung zukommt und die vom Gemeinderat erlassene Planungszone für das zu beurteilende Bauvorhaben des Beschwerdeführers nicht zu beachten ist.

(...)

104 Schallschutzsanierung eines in der Altstadt gelegenen Kulturlokals

- **Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Immissionen**
- **Anwendbarkeit der Vollzugshilfe der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute ("Cercle Bruit") vom 10. März 1999 (mit Änderung vom 30. März 2007) zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung im Zusammenhang mit dem Betrieb öffentlicher Lokale**
- **Weitere betriebliche Massnahmen gestützt auf das Vorsorgeprinzip nach Art. 11 Abs. 2 USG**

Aus dem Entscheid des Regierungsrates vom 2. September 2009 i.S. Kulturverein A. bzw. C. und D. gegen den Entscheid des Stadtrats B.

Sachverhalt

Der Kulturverein A., B., führt seit 1982 in der Liegenschaft A. in der Altstadt von B. kulturelle Veranstaltungen durch. Dabei waren die musikalischen Veranstaltungen verschiedentlich Gegenstand von Reklamationen aus der Anwohnerschaft. Es fanden mehrmals Besprechungen zwischen Vertretern und Vertreterinnen der Stadt B. und

dem Vorstand des Kulturvereins A. statt; eine für alle Beteiligten befriedigende Lösung konnte jedoch nicht gefunden werden.

Der Stadtrat B. gab sodann Lärmmessungen in Auftrag, welche ihm mit Bericht vom 20. Dezember 2004 vorgelegt wurden. Diese Lärmmessungen ergaben, dass sowohl die gesetzlich zulässigen Schallemissionswerte im A.saal selber massiv überschritten sind wie auch, dass die Nachbarschaft zu hohe Immissionen zu tragen hat. Daraufhin beschloss der Stadtrat B. am 7. Februar 2005 verschiedene Massnahmen mit vorläufigem Charakter. Dagegen erhobene Beschwerden des Kulturvereins A. sowie der Liegenschaftseigentümerin hiess der Regierungsrat am 17. August 2005 teilweise gut.

Mit Schreiben vom 29. Januar 2007 reichte der Kulturverein A. dem Stadtrat B. ein Gesuch zur Sanierung der Aussen- und Innenschallsituation des A.saals ein, welches vom 20. April 2007 bis 9. Mai 2007 öffentlich aufgelegt wurde. Dagegen gingen innert Frist verschiedene Einsprachen ein.

Der Stadtrat B. beschloss am 10. Oktober 2007 über das Sanierungsgesuch. Dagegen erhoben der Kulturverein A. (Beschwerdeführer 1), beziehungsweise die Einsprechenden C. und D., E.gasse, B., und F., G.gasse, B. (Beschwerdeführende 2, ...) Beschwerde.

Am 2. April 2008 beschloss der Regierungsrat in einem Zwischenentscheid über verschiedene verfahrensleitende Anträge sowie über den weiteren Betrieb während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor Regierungsrat bis zur Rechtskraft des Hauptentscheids.

Aus den Erwägungen

1. (...[Anwendbares Recht])
2. (...[Formelles])
3. Materielles
- 3.1 Zonenkonformität

Der Regierungsrat kam in seinem Entscheid vom 17. August 2005 zum Schluss, dass das Recht des Stadtrats B., nach rund 15-20 Jahren behördlicher Duldung noch ein Baugesuch für die Nutzung des A.saals als Saal für kulturelle Anlässe inklusive Musikkonzerte

einzuverlangen, verwirkt sei; es könne zudem nicht gesagt werden, der Kulturbetrieb im A.saal stelle per se eine konkrete Gefahr für Polizeigüter, zum Beispiel die öffentliche Gesundheit oder Ruhe innerhalb der Altstadtzone (Empfindlichkeitsstufe III: zulässig sind mässig störende Betriebe) dar, die zwingend ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren erfordere. Zwar treffe es zu, dass einige der durchgeführten Veranstaltungen in lärmschutzrechtlicher Hinsicht den Rahmen des Zulässigen überschreiten, indes könnten diesbezügliche Massnahmen (wie z.B. betriebliche Einschränkungen) auf dem Weg eines (repressiven) Immissionsschutzverfahrens allein gestützt auf die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes getroffen werden. Entsprechend hob der Regierungsrat insbesondere Ziff. 6 des Beschlusses des Stadtrats B. vom 7. Februar 2005 auf; dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Somit ist die Frage der (baurechtlichen) Zonenkonformität im vorliegenden Verfahren nicht mehr zu prüfen.

3.2 Innenschall

Am 1. Mai 2007 ist die neue Verordnung über den Schutz des Publikums von Veranstaltungen vor gesundheitsgefährdenden Schalleinwirkungen und Laserstrahlen (Schall- und Laserverordnung, SLV) vom 28. Februar 2007 in Kraft getreten; gemäss diesen neuen Verordnungsbestimmungen hat die Behörde gegenüber dem bisherigen Recht keine Erleichterungen mehr zu gewähren, sondern Veranstaltungen mit einem Schallpegel über 93 dB(A) sind unter den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 SLV und Art. 6 ff. SLV zulässig. Der Stadtrat B. hat in Erw. 3 des angefochtenen Beschlusses allerdings weitestgehend die bisherige Regelung des Regierungsrats vom 17. August 2005 übernommen und drei Anlässen pro Monat höhere Schallpegel als 93 dB(A) unter den neuen Voraussetzungen der Art. 4 ff. SLV zugestanden.

Die Schall- und Laserverordnung regelt zum Schutze des Publikums die Schallpegelgrenzwerte bei Veranstaltungen im Freien und in Gebäuden, bei denen elektroakustisch erzeugter oder verstärkter Schall auf die Besucherinnen und Besucher einwirkt oder Laserstrahlen erzeugt werden. Der Schutz der Nachbarschaft vor Lärmimmissionen ist nicht Gegenstand dieser Verordnung (vgl. Claude

Furginé, Erneuerung der Schall- und Laserverordnung, in: Umwelt Aargau Nr. 38, November 2007, S. 7) und es greift somit nicht, über diese Vorschriften (zum Innenschall) Begrenzungen zum Schutz der Anwohnerinnen und Anwohner zu schaffen. Notwendige betriebliche Einschränkungen zum Schutz der Nachbarschaft sind somit lediglich gestützt auf die massgeblichen lärmrechtlichen Bestimmungen zum Aussenschall zulässig. (...)

3.3 Aussenschall

3.3.1 Allgemeines

Das Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983 bezweckt den Schutz der Menschen, Tiere und Pflanzen, ihrer Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen (Art. 1 Abs. 1). Zu solchen Einwirkungen gehören auch Lärm, Erschütterungen und Strahlen, die durch den Bau und Betrieb einer Anlage erzeugt werden (Art. 7 Abs. 1 USG). Anlagen sind Bauten, Verkehrswege und andere ortsfeste Einrichtungen sowie Terrainveränderungen. Den Anlagen sind Geräte, Maschinen, Fahrzeuge, Schiffe und Luftfahrzeuge gleichgestellt (Art. 7 Abs. 7 USG). Der Lärm wird am Ort der Entstehung als Emission und dort, wo er stört, als Immission bezeichnet. Lärm muss, ebenso wie andere Einwirkungen, durch Massnahmen an der Quelle begrenzt werden (Art. 11 Abs. 1 USG) und zwar durch ein zweistufiges System. In einer ersten Stufe sind unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung die Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). In einer zweiten Stufe werden die Emissionsbegrenzungen verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Dabei ist zu beachten, dass Art. 11 USG nicht unterscheidet, ob eine Anlage bereits in Betrieb steht oder erst geplant ist; das Vorsorgeprinzip gilt somit für neue und bestehende Quellen in gleicher Weise (BGE 120 Ib 436 Erw. 2a/aa S. 441).

Für den Bereich des Lärmschutzes ist weiter festzuhalten, dass es sich bei den in der bundesrätlichen Lärmschutz-Verordnung (LSV)

vom 15. Dezember 1986 und ihren Anhängen enthaltenen Belastungsgrenzwerten, also den Planungswerten und den Immissionsgrenzwerten, nicht um Emissionsbegrenzungen im Sinne von Art. 12 USG handelt, sondern um Werte, welche die Immissionen begrenzen. Ihre Einhaltung belegt nicht ohne weiteres, dass alle erforderlichen vorsorglichen Emissionsbegrenzungen gemäss Art. 11 Abs. 2 USG getroffen worden sind. Eine Anlage vermag daher vor der Umweltschutzgesetzgebung nicht schon deshalb zu bestehen, weil sie die einschlägigen Belastungsgrenzwerte einhält. Vielmehr ist im Einzelfall anhand der in Art. 11 Abs. 2 USG, Art. 7 Abs. 1 lit. a beziehungsweise Art. 8 Abs. 1 und 2 LSV genannten Kriterien zu prüfen, ob die Vorsorge weitergehende Beschränkungen erfordert. Dabei ist namentlich auch sicher zu stellen, dass auch bloss unnötige Emissionen vermieden werden. Dies ist allerdings nicht so zu verstehen, dass jeder im strengen Sinne nicht nötige Lärm absolut untersagt werden müsste; es gibt keinen absoluten Anspruch auf Ruhe. Vielmehr sind jedenfalls geringfügige, nicht erhebliche Störungen hinzunehmen. Die Lärmschutzvorschriften des Umweltschutzgesetzes sind in erster Linie zugeschnitten auf Geräusche, die als unerwünschte Nebenwirkungen einer bestimmten Tätigkeit auftreten. Diese können mit geeigneten Massnahmen an der Quelle reduziert werden, ohne dass dadurch die entsprechenden Tätigkeiten als solche in Frage gestellt werden. Daneben gibt es jedoch auch Geräusche, welche den eigentlichen Zweck einer bestimmten Aktivität ausmachen, wie z.B. das Musizieren. Solche Lärmemissionen können nicht völlig vermieden werden und in der Regel auch nicht in der Lautstärke wesentlich reduziert werden, ohne dass zugleich der Zweck der sie verursachenden Tätigkeit vereitelt würde. Derartige Lärmemissionen als unnötig und unzulässig zu qualifizieren, würde bedeuten, die betreffende Tätigkeit generell als unnötig zu erachten. Die Rechtsprechung hat in der Regel derartige Emissionen zwar aufgrund des USG beurteilt, aber zugleich unter Berücksichtigung des Interesses an der Lärm verursachenden Tätigkeit diese nicht völlig verboten, sondern bloss einschränkenden Massnahmen unterworfen. Vorzunehmen ist eine Interessenabwägung zwischen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der Lärm verursachenden Tätigkeit (vgl. Ent-

scheid des III. Verwaltungsgerichtshofs des Kantons Freiburg, 3A 01 47, vom 12. April 2002; BGE 126 II 300 Erw. 4c/bb und cc S. 307 f., 130 II 32 ff.; BR 2002 S. 35 N 156; URP 2005 S. 40 ff.).

3.3.2 Zuständigkeiten

3.3.2.1 Der Beschwerdeführer 1 moniert, es könne keine Rede davon sein, dass ein grosser Teil der Altstadtbewohner und -bewohnerinnen oder schon nur der Bewohner und Bewohnerinnen der E.gasse, G.gasse und H.gasse sich gestört fühlen würden. Gestört fühlen würden sich einzig die direkten Anstösser an die Liegenschaft A. (direkt an den A.saal angebaute Gebäude) sowie der Eigentümer des übernächsten Gebäudes (F.). Nur diese Personen – die auch schon am Verfahren im Jahr 2005 beteiligt gewesen seien – hätten auf das publizierte Gesuch reagiert und Einsprache erhoben.

Nach Art. 36 USG haben in erster Linie die Kantone dieses Gesetz zu vollziehen. Insofern sind die Behörden für die Einhaltung der öffentlichrechtlichen Umweltschutzbestimmungen zuständig. Wird wie vorliegend von Privatpersonen behauptet, die öffentlichrechtlichen Umweltvorschriften würden durch die vom Kulturbetrieb im A.saal ausgehenden Lärmimmissionen überschritten und hat die Behörde Grund zur Annahme, dass die Belastungsgrenzwerte tatsächlich überschritten werden, hat die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen von Amtes wegen zu ermitteln (vgl. Art. 36 Abs. 1 LSV). Da der A.saal in der dicht bebauten Altstadt von B. liegt und mehrfache Lärmklagen von verschiedenen Anwohnern und Anwohnerinnen vorliegen (zum Teil auch solchen, die zwischenzeitlich weggezogen sind), bestand für die zuständigen Behörden genug Anlass, die Lärmimmissionen im Bereich des A.saals zu ermitteln. Der Regierungsrat hielt denn auch in seinem Beschluss vom 17. August 2005 fest, dass aufgrund der vorgenommenen Schallmessungen grundsätzlich unstrittig sei, dass der bis dahin ausgeübte Kulturbetrieb im A.saal mehr als nur geringfügige Störungen verursache und die Anwohner und Anwohnerinnen nicht schlafen können beziehungsweise dabei gestört werden. Bei der Würdigung der Lärmimmissionen ist alsdann nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern eine objektivierte Betrachtung

tung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG) vorzunehmen.

3.3.2.2 Am 1. September 2008 sind das neue aargauische Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässer (EG Umweltrecht, EG UWR) vom 4. September 2007 sowie die dazugehörige regierungsrätliche Verordnung zum Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässer (V EG UWR) vom 14. Mai 2008 in Kraft getreten. Demnach vollziehen die Gemeinden die Vorschriften über den Umwelt- und Gewässerschutz betreffend Lärmschutz bei ortsfesten Anlagen (§ 30 Abs. 3 lit. a EG UWR). Neu bedürfen aber im Bereich des Lärmschutzes Erleichterungen nach den bundesrechtlichen Vorschriften über den Lärmschutz einer Zustimmung der kantonalen Behörde, hier des Departements Bau, Verkehr und Umwelt (§ 25 Abs. 1 EG UWR i.V.m. § 28 EG UWR und § 57 V EG UWR). Dabei hat ein entsprechendes Gesuch aufzuzeigen, dass die Einhaltung der Anforderungen unverhältnismässig ist und welche Schallschutzmassnahmen zum Schutz der von der Erleichterung Betroffenen vorgesehen sind (§ 55 V EG UWR).

Laufende Bewilligungsverfahren gemäss § 31 EG UWR, über die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, werden nach altem Recht abgewickelt (§ 42 EG UWR): § 31 normiert aber lediglich die Einholung einer kantonalen Zustimmung im Baubewilligungsverfahren; vorliegend handelt es sich unbestrittenermassen nicht um eine Baubewilligungs- sondern um ein repressives Immissionsschutz-Verfahren, weshalb die Übergangsbestimmung von § 42 EG UWR nicht zur Anwendung gelangt. Es ist somit eine kantonale Zustimmung zu allfälligen umweltrechtlichen Erleichterungen notwendig. Dem Regierungsrat steht es als Beschwerdeinstanz und als Aufsichtsbehörde über seine Departemente zu, im Beschwerdeverfahren die notwendige kantonale Zustimmung zu erteilen, zumal im vorliegenden Verfahren deren Notwendigkeit erst im Laufe der Rechtshängigkeit vor Regierungsrat durch Rechtsänderung eingetreten ist.

3.3.3 Aktueller (baulicher) Zustand und Betrieb

3.3.3.1 Im A.saal wird heute während der 8-monatigen Spielsaison von ca. Mitte September bis Mitte Mai des Folgejahres jeweils an zwei Wochenenden pro Monat (Freitag und Samstag) bis max. 02.00 Uhr elektronisch verstärkte Musik (Live-Konzerte inkl. Heavy Metal- und ähnliche Konzerte sowie Disco-Betrieb) gespielt; dabei dürfen drei Anlässe pro Monat den Schallpegel von 93 dB(A) übersteigen. Nach Angaben des Beschwerdeführers 1 ergibt dies 32 Musikanlässe pro Jahr. Innerhalb dieses Rahmens dürfen Heavy Metal- und ähnliche Konzerte zwischen Januar und Ende Mai maximal zweimal und von August bis Dezember ebenfalls maximal zweimal stattfinden. An den übrigen Wochenenden (Freitagen oder Samstagen), an denen keine der oben erwähnten Musikanlässe durchgeführt werden, finden im A.saal jeweils bis zur Polizeistunde Filmabende, Lesungen, Barbetrieb, Themenabende, "leise" Discos (bspw. Schlagerdisco), "unplugged"-Konzerte (bspw. Chansonniers, Drehleierspielende, Zigeunerjazz) usw. statt. Die Konzerte im A.saal enden auf freiwilliger Basis bereits um 01.00 Uhr (anschliessend Bar mit Hintergrundmusik); von Sonntag bis Donnerstag wird keine Musik gespielt, solche würde aber gegebenenfalls um 23.00 Uhr gänzlich eingestellt.

3.3.3.2 Die Beschwerdeführenden 2 bewohnen je seit dem Jahr 1999 ihre Liegenschaften. Sie beklagen sich insbesondere über die von basshaltigen Konzerten ausgehenden tiefen Frequenzen, grosse Lautstärken elektronisch verstärkter Musikveranstaltungen und mit diesen Begebenheiten im Zusammenhang stehende Vibrationen. Insgesamt würden sich aber verschiedenste Musikanlässe auf den Schlaf der Beschwerdeführenden 2 störend auswirken, wobei elektronisch nicht verstärkte Musik weniger Probleme bereiten würde. Der A.saal an der G.gasse 8 grenzt bühnenseitig an die Liegenschaft G.gasse 6 und barseitig an die im Eigentum der beschwerdeführenden C. und D. stehende Liegenschaft E.gasse 2. Die Liegenschaft G.gasse 4 des beschwerdeführenden F. (ebenfalls Eigentümer) seinerseits grenzt an die G.gasse 6. Die Liegenschaften sind – in der Altstadt von B. gelegen – baulich miteinander verbunden. Zwei Fenster des A.saals weisen auf die E.gasse, vier weitere sind zum I.garten (J.strasse) ausge-

richtet. Sowohl im A.saal als auch in den Wohnungen der Beschwerdeführenden 2 sind in der Vergangenheit verschiedene bauliche Schallschutzmassnahmen vorgenommen worden beziehungsweise befinden sich noch in Planung: Seitens des Beschwerdeführers 1 wurde hinter der Bühne zur G.gasse 6 eine ETIS-Schallschutzwand eingebaut. Des Weiteren wurde vorgängig die Bühne auf Gummi gestellt, die Bassboxen wurden mit einem Schallschutzgummiring ausgestattet und für das Schlagzeug wurde eine Plexiglaswand erworben, welche bei Bedarf um das Schlagzeug herum gestellt werden kann. Neu ist seitens des Beschwerdeführers 1 zudem vorgesehen, die Fenster zur Südseite (E.gasse) durch Schallschutzfenster zu ersetzen. C. und D. bauten in ihrer Liegenschaft eine Bitumenplatte ein, erstellten eine Holzkonstruktion, auf welcher heute ihr Bett steht und bauten zusätzlich Gipsplatten von 5-10 cm Dicke sowie ein neues Fenster ein.

3.3.3.3 Anlässlich der Augenscheinsverhandlung vom 11. November 2008 konnte in den Wohnungen der Beschwerdeführenden 2 im Wesentlichen das Folgende festgestellt werden: In der Wohnung von F. war kaum Lärm aus dem A.saal zu hören. Der Rechtsvertreter des Stadtrats B. stellte sich auf den Standpunkt, der Lärm sei klar nicht übermässig. Der Rechtsvertreter von F. war zunächst der Ansicht, dass wenn es immer so wäre, es kein Problem wäre; anschliessend vertrat er die Meinung, es sei an der Grenze und vor dem Einbau der ETIS-Wand sei es lauter gewesen. C. stellte sich auf den Standpunkt, den Lärm in der Wohnung von F. könnte man durch den Gebrauch von Ohrenpropfen verschwinden lassen; der Lärm sei hier deutlich leiser als in seiner Wohnung. F. selber hörte zunächst nichts, dann schon, aber nicht sehr laut; er gab aber zu bedenken, dass es anders aussehe, wenn man schlafen möchte. Im Schlafzimmer der Liegenschaft C./D. im 2. Stock (auf der Höhe des A.saals) konnten Lärmimmissionen aus dem A.saal demgegenüber wahrgenommen werden, sowohl bei geschlossenem wie auch bei geöffnetem Fenster. Der von C. angeführte Verstärkungseffekt (Vibrationen und insbesondere Halleffekt, wenn man mit dem Ohr auf dem Bett liegt) konnte vom Vorsitzenden nicht bestätigt werden. Zusätzlich konnte am Augenschein eine Wohnung an der G.gasse 6 besichtigt werden.

Dort war der Lärm bei geschlossenem Fenster kaum wahrnehmbar und ziemlich flach; bei offenem Fenster waren sowohl der Musiklärm wie auch der Strassenlärm zu hören.

3.3.3.4 Im Nachgang zur Augenscheinsverhandlung führte die Abteilung für Umwelt am 8. Dezember 2008 während eines sog. "lauten" Live-Konzerts Schallpegelmessungen in den Wohnungen der Beschwerdeführenden 2 durch; um die Authentizität der Konzertbedingungen sicherzustellen, war dem Beschwerdeführer 1 der Messtermin vorgängig nicht bekannt gegeben worden. Im Schlafzimmer von F. wurden zwischen 21.00 und 21.50 Uhr die folgenden Messwerte (Leq kurz [10 Sek.]) erreicht: Türe und Fenster geschlossen 20-27 dB(A), Türe geschlossen am offenen Fenster 50-59 dB(A), Türe offen und Fenster geschlossen 21-28 dB(A); Bass und Schlagzeug waren bei geschlossener Tür und geschlossenem Fenster zeitweise schwach hörbar, ebenfalls der Verkehr; bei geöffnetem Fenster war der Verkehr innerhalb und ausserhalb der Stadt sowie das Personenverhalten permanent hörbar; während des Konzerts war der Bass am offenen Fenster sehr gut hörbar. Im Schlafzimmer von C./D. fanden die Messungen zwischen 22.36 und 23.05 Uhr statt; es wurden die folgenden Messwert (Leq kurz [10 Sek.]) erreicht: Türe und Fenster geschlossen 30-36 dB(A), Türe geschlossen am offenen Fenster 58-71 dB(A), Türe offen und Fenster geschlossen 31-36 dB(A); bei geschlossener Tür und geschlossenem Fenster war der Bass gut hörbar, ebenfalls konnten tonhaltige Geräusche wahrgenommen werden; bei geöffnetem Fenster konnten Bass, Stimmen von Personen ausserhalb des Lokals und Bestandteile der Musik sehr gut wahrgenommen werden.

3.3.4 Neuanlage und einzuhaltendes Immissionsniveau

Der Regierungsrat ist in seinem Entscheid vom 17. August 2005 zum Schluss gelangt, dass der bisherige Kulturbetrieb im A.saal als neue Anlage im Sinne von Art. 23 und 25 USG gilt. Dieser Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen. Eine neue Anlage hat die Planungswerte im Sinne von Art. 23 und 25 USG oder, soweit solche fehlen beziehungsweise nicht angewendet werden können, ein Immissionsniveau einzuhalten, bei welchen nach richterlicher Beurteilung höchstens geringfügige Störungen auftreten (BGE 123 II 325 E.

4d/bb S. 335). Besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Anlage und würde die Einhaltung der Planungswerte zu einer unverhältnismässigen Belastung führen, so können Erleichterungen gewährt werden. Dabei dürfen jedoch grundsätzlich die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden (Art. 25 Abs. 2 USG, Art. 7 Abs. 2 LSV), das heisst die Lärmimmissionen dürfen die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 15 USG).

Für die durch den Kulturbetrieb im A.saal verursachten Lärmimmissionen fehlen unbestrittenermassen Belastungsgrenzwerte. Die Grenzwerte des Anhangs 6 der LSV (Industrie- und Gewerbelärm) können auf Lärm der vorliegend streitigen Art – Musik und menschlichen Verhaltenslärm – weder unmittelbar angewendet noch sinngemäss herangezogen werden (BGE 123 II 325 E. 4d/aa und bb S. 333 ff.). Die Lärmimmissionen sind daher nach den gesetzlichen Kriterien bezüglich dieser Grenzwerte zu beurteilen (vgl. Art. 40 Abs. 3 LSV). Bei der Würdigung auf der Grundlage der Kriterien der Planungswerte – beziehungsweise mit Erleichterungen auf der Basis der Immissionsgrenzwerte – muss auch der Charakter des Lärms, der Zeitpunkt und die Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit beziehungsweise Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, berücksichtigt werden. Dabei ist nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern eine objektivierete Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG) vorzunehmen. Dabei können unter Umständen fachlich genügend abgestützte ausländische beziehungsweise private Richtlinien eine Entscheidungshilfe bieten, sofern die Kriterien, auf welchen diese Unterlagen beruhen, mit denjenigen des schweizerischen Umweltschutzrechts vereinbar sind (BGE 123 II 325 E. 4d/bb S. 334; Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Juli 2008, 1C_311/2007).

3.3.5 Richtlinie des "Cercle bruit"

3.3.5.1 Die Vollzugshilfe der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute ("Cercle bruit") vom 10. März 1999 (mit Änderung vom 30. März 2007) zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung im Zusammenhang mit dem Betrieb öffentlicher Lokale (nachfolgend: Richtlinie des "Cercle bruit") bezweckt die Vereinheitli-

chung der kantonalen Praktiken im Zusammenhang mit der Beurteilung der von öffentlichen Lokalen ausgehenden Lärmimmissionen (vgl. Ziff. 2 der Richtlinie des "Cercle bruit"). Sie gilt analog auch für die Beurteilung der Lärmbelastung im Zusammenhang mit Räumlichkeiten, in denen regelmässig Musik gespielt wird. Gemäss Vorbemerkungen zur neuen Auflage vom Dezember 2006 befasste sich der "Cercle bruit" Schweiz erneut mit der Richtlinie und kam zum Schluss, dass diese Empfehlung zuhanden der Vollzugsbehörden unverändert beibehalten werden solle. Die Richtlinie des "Cercle bruit" unterscheidet zwischen Arbeits-, Ruhe- und Nachtzeit und setzt für diese verschiedenen Tageszeiten unterschiedliche Grenzwerte für die von Musik erzeugten Lärmimmissionen fest. Bei den übrigen im Zusammenhang mit dem Betrieb eines öffentlichen Lokals verursachten Lärmimmissionen schreibt die Richtlinie des "Cercle bruit" eine Beurteilung aufgrund der Hörbarkeit und des Auftretens fest. Ebenso wie in Art. 39 LSV sind auch nach der Richtlinie des "Cercle bruit" die Luftschallimmissionen in der Mitte des offenen Fensters des lärmempfindlichen Raums zu messen; der Körperschall wird bei geschlossenen Fenstern und Türen in der Mitte des lärmempfindlichen Raums gemessen.

Das Bundesgericht hat im Entscheid 1A.139/2002 vom 5. März 2003 in Erw. 4.2 ausgeführt, dass die Richtlinie des "Cercle bruit" alle von Gaststätten ausgehenden Lärmimmissionen umfasst. Weiter hat es im Entscheid 1C_311/2007 vom 21. Juli 2008 festgehalten, dass diese Richtlinie nicht nur auf öffentliche Lokale mit Musikerzeugung zugeschnitten ist, sondern auf alle Lärmimmissionen von Gaststätten, einschliesslich Kundenverkehr, Parkplatzlärm und durch Verkehr erzeugten Lärm; die Richtlinie des "Cercle bruit" berücksichtigt damit auch den Lärm, der einem Lokal mit Diskothek immanent sei. Mit dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann davon ausgegangen werden, dass die Grenzwerte der von öffentlichen Lokalen ausgehenden Lärmimmissionen in der Richtlinie des "Cercle bruit" sachgerecht und in Übereinstimmung mit Art. 15 USG festgelegt worden sind. Als Musikerzeugung gilt gemäss der Richtlinie des "Cercle bruit" jede musikalische Emission, die entweder direkt durch ein Musikinstrument erzeugt oder durch elektroakustische

Mittel verstärkt wird; dies gilt analog auch für Fernsehgeräte, Projektoren und jegliche anderen audiovisuellen Geräte. Somit sind der Hauptanteil der im A.saal während 8 Monaten pro Jahr zweimal wöchentlich durchgeführten Veranstaltungen hierunter zu subsumieren (Konzerte, Discos, "unplugged"-Konzerte, Film, usw.). Bei der heutigen Ausgangslage, mit dem beschriebenen Betrieb und mit der neueren Rechtsprechung ist somit davon auszugehen, dass die Richtlinie des "Cercle bruit" auch auf den Kulturbetrieb im A.saal mit seinen vielfältigen Nutzungen inklusive Barbetrieb Anwendung findet. Die dagegen erhobenen verschiedenen Einwendungen des Beschwerdeführers 1 vermögen nicht zu überzeugen; sowohl das Bundesgericht wie auch die Abteilung für Umwelt als kantonale Lärmfachstelle erachten die Richtlinie des "Cercle bruit" als angemessene, gute Entscheidungshilfe für Lärmsituationen der vorliegenden Art. Soweit hier entgegen gehalten wird, der Regierungsrat habe in seinem Entscheid vom 17. August 2005 gegenteilig entschieden, ist klar zu stellen, dass der Regierungsrat damals explizit festgehalten hat, die Richtlinie "zum jetzigen Zeitpunkt" (also im damaligen Verfahren mit vorläufigem Charakter) nicht anzuwenden; der Beschwerdeführer 1 kann sich somit mitnichten heute hierauf berufen.

3.3.5.2 Die Musikerzeugung (S1) wie auch der Kundenlärm (S2) werden als interne Schallquellen gemäss Richtlinie wie folgt beurteilt: Bei neuen Anlagen muss der mit den definierten Faktoren korrigierte und bei den exponiertesten Nachbarn gemessene energieäquivalente Schallpegel L_{eq} kurz (10 Sek.) jederzeit die Grenzwerte für Körperschall (22.00–07.00 Uhr: 30 dB[A], 19.00–22.00 Uhr: 35 dB[A], 07.00–19.00 Uhr: 40 dB[A]) beziehungsweise für Luftschall (22.00–07.00 Uhr: 40 dB[A], 19.00–22.00 Uhr: 45 dB[A], 07.00–19.00 Uhr: 50 dB[A]) einhalten; die Richtlinie des "Cercle bruit" trägt somit dem Umstand Rechnung, dass das Ruhebedürfnis zur Nachtzeit grösser ist als zur Tageszeit, das heisst derselbe Lärmpegel wird zu später Stunde als störender empfunden als noch zu früheren Tageszeiten. Für besondere Situationen (z.B. Wohnviertel oder Lage in der Zone der Empfindlichkeitsstufe II) gelten Grenzwerte, die um 5 dB(A) strenger sind. Sind von der in einer lärmigen Anlage gespielten Musik Ton, Rhythmus oder Stimmen

deutlich in lärmempfindlichen Räumen hörbar, sind die gemessenen Lärmwerte (Körperschall und Luftschall) gemäss der Richtlinie des "Cercle bruit" um 6 dB(A) nach oben zu korrigieren, so dass bei der Frage der Grenzwertüberschreitung die korrigierten und nicht die gemessenen Werte massgebend sind (Richtlinie des "Cercle Bruit", Ziff. 5.1.).

Für den Ort der Messung schreibt Ziff. 3.5. der Richtlinie des "Cercle Bruit" Folgendes vor: Beim Luftschall werden die Lärmimmissionen in der Mitte des offenen Fensters des lärmempfindlichen Raums gemessen. Bei Räumlichkeiten mit mehreren Fenstern wird die Messung von jenem Fenster aus durchgeführt, das eine ausreichende Lüftung des Raums gewährleistet und den allgemeinen Lärmbelastungen, die durch den Lokalbetrieb und andere Lärmquellen entstehen, am wenigsten ausgesetzt ist. Beim Körperschall werden die Lärmimmissionen in der Mitte des lärmempfindlichen Raums sowie bei geschlossenen Türen und Fenstern gemessen.

Gemäss Ziff. 4 der Richtlinie des "Cercle bruit" kann bei besonderen Verhältnissen von den Hörbarkeitswerten oder -kriterien abgewichen werden oder sogar eine andere als die vorgeschlagene Beurteilungsmethode angewandt werden; dies vor allem dann, wenn der Hintergrundlärm besonders laut oder besonders leise ist, wenn das Quartier besondere Eigenschaften aufweist (Wohnviertel, hohe Dichte von öffentlichen Lokalen usw.) oder wenn das Lokal von einer Sondersituation profitiert (Tradition, Geschichte, Tourismus usw.). Bei gelegentlich genutzten Räumen erfolgt die Beurteilung der Schallbelastung nur für jene Zeiten, in denen es zu einer Störung für die Umwelt kommen könnte.

3.3.5.3 Der A.saal ist in der Altstadtzone gelegen und ist der Empfindlichkeitsstufe III gemäss der LSV – zulässig sind mässig störende Betriebe – zugeordnet (§ 5 Abs. 1 der Bau- und Nutzungsordnung der Stadt B. vom 18. Juni 2001, BNO). Diese Zone ist für die gemischte Nutzung mit Läden, Kleingewerbe, Dienstleistungen und Wohnen vorgesehen (§ 10 Abs. 2 BNO). Die Wohnlichkeit und die gewerbliche Existenz sind in der Altstadt zu fördern (§ 10 Abs. 1 BNO). Die Wohnnutzung darf in der Altstadtzone somit nicht durch andere Nutzungen verunmöglicht werden; allerdings kann das Ruhe-

bedürfnis der Anwohnerschaft nicht so weit gehen wie beispielsweise in einer reinen Wohnzone, wo keine störenden Betriebe zugelassen sind. Nehmen aber die Lärmimmissionen derartige Ausmasse an, dass ein Einschlafen für die Nachbarn verunmöglicht wird beziehungsweise diese durch die Lärmimmissionen aus dem Schlaf gerissen werden, ist die nächtliche Erholung nicht mehr gewährleistet, was sich auf Dauer negativ auf die Gesundheit auswirkt.

Der Kulturbetrieb im A.saal findet seit 1982 statt und richtet sich vorwiegend an ein jugendliches Publikum. Seit ca. 1988/89 werden in ähnlichem zahlenmässigen Rahmen Musikkonzerte durchgeführt, wenn auch in der jüngeren Vergangenheit eine Verlagerung der gespielten Musikarten unter anderem auf "härtere" Musikstile erfolgte; dennoch kann gesagt werden, dass es sich in B. um ein (Musik-) Lokal mit Tradition handelt. Zudem kommt dem Betrieb des Beschwerdeführers 1 für die Stadt B. unbestrittenermassen kulturelle Bedeutung zu. Die Stadt spricht jährlich Kulturbeiträge zu; weiter bildet der Kulturbetrieb Bestandteil des städtischen Jugendarbeitskonzepts. Ein solches überwiegendes öffentliches Interesse an der Anlage kann bei der Anwendung von Art. 25 Abs. 2 USG geltend gemacht werden und es können Erleichterungen gewährt werden, wenn die Einhaltung der Planungswerte zu einer unverhältnismässigen Belastung führen würde. Trotzdem verlangt auch diese Norm, dass die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden: Wenn es also unverhältnismässig erscheint, Betriebseinschränkungen festzulegen, die geeignet wären, jegliche Störung der Nachbarn während der Nacht zu verhindern, so muss dennoch darauf geachtet werden, dass es nicht zu empfindlichen Beeinträchtigungen kommt beziehungsweise die Lärmimmissionen dürfen die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 15 USG; vgl. Pra 2005 Nr. 16). Um diese bundesrechtlichen Bestimmungen auch im Bereich der Richtlinie des "Cercle bruit" umzusetzen, rechtfertigt es sich, vorliegend eine Toleranz von 5 dB(A) gegenüber den obigen Werten hinzu zu rechnen (vgl. Richtlinie Ziff. 4 betreffend Sondersituationen); die Werte entsprechen damit dem von bestehenden Anlagen einzuhaltenden Immissionsgrenzwert. Insofern liegt ein angemessener Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse an einem weiterbeste-

henden attraktiven Kulturangebot für Jugendliche und dem Ruhebedürfnis der Anwohnerschaft vor. Aufgrund der Tatsache, dass es sich beim "A." um ein über 200-jähriges, mitten in der Altstadt gelegenes, mit anderen Gebäuden zusammengebautes Haus, handelt, das zudem denkmalschützerischen Auflagen untersteht, muss nämlich davon ausgegangen werden, dass die Planungswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand erreicht werden könnten. Im Übrigen weist selbst der Stadtrat B. darauf hin, dass keine geeigneten Alternativstandorte existieren. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Toleranzzuschlag nicht zuletzt auch angesichts des unbestritten hohen Strassenlärms der J.strasse rechtfertigt (vgl. BGer, URP 2001 462).

Die Beschwerdeführenden 2 sind der Ansicht, beim Kultur-, insbesondere lauten Musikveranstaltungsbetrieb des "A." handle es sich um eine zonenwidrige, damit materiell illegale, formell bloss geduldete Nutzung; an einer solchen könne jedoch von vornherein kein öffentliches Interesse im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung bestehen. Der Regierungsrat kam in seiner Entscheidung vom 17. August 2005 zum Schluss, dass das Recht des Stadtrats B., nach rund 15–20 Jahren behördlicher Duldung noch ein Baugesuch für die Nutzung des A.saals als Saal für kulturelle Anlässe inklusive Musikkonzerte einzuverlangen, verwirkt sei; eine solche Ersitzung habe in Analogie zum rechtmässigen Erwerb zur Folge, dass der ursprünglich widerrechtliche Status einer Baute oder einer Nutzung insofern quasi in einen rechtmässigen übergeht, als die Behörde die Durchführung eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens und die allfällige Beseitigung des rechtswidrigen Zustands grundsätzlich nicht mehr verlangen könne; die "ersessene" Baute oder Anlage dürfe im "ersessenen" Umfang und Erscheinungsbild genutzt, beibehalten und unterhalten werden. Die Frage der (baurechtlichen) Zonenkonformität konnte folglich offen gelassen werden. Der Regierungsrat führte weiter aus, zwar treffe es zu, dass einige der durchgeführten Veranstaltungen in lärmschutzrechtlicher Hinsicht den Rahmen des Zulässigen übertreffen, indes könnten diesbezügliche Massnahmen (wie z.B. betriebliche Einschränkungen) allein gestützt auf die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes getroffen werden. Und weil es denn

auch allein die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes ist, welche es erlaubt, bei besonderen Verhältnissen, z.B. nachgewiesener kultureller Bedeutung, Erleichterungen zu gewähren, treffen allfällige baurechtliche Argumente der Beschwerdeführenden 2 ins Leere.

3.3.5.4 Wenn die Musik hörbar ist, werden die gemessenen Werte in der Regel um 6 dB(A) nach oben korrigiert, um den Bestandteilen Ton und Rhythmus Rechnung zu tragen; diese Korrektur erfolgt ebenfalls, wenn – bei internen Schallquellen – deutlich Stimmen hörbar sind (Richtlinie des "Cercle bruit" Ziff. 5.1). Allerdings kann bei besonderen Verhältnissen von den Hörbarkeitswerten oder -kriterien abgewichen werden oder sogar eine andere als die vorgeschlagene Beurteilungsmethode angewandt werden, dies vor allem dann, wenn der Hintergrundlärm besonders laut oder besonders leise ist, wenn das Quartier besondere Eigenschaften aufweist (Wohnviertel, hohe Dichte von öffentlichen Lokalen usw.) oder wenn das Lokal von einer Sondersituation profitiert (Tradition, Geschichte, Tourismus usw.; Richtlinie des "Cercle bruit" Ziff. 4).

Der traditionellen und kulturellen Bedeutung des Kulturbetriebs im A.saal wurde vorliegend bereits mit einem Toleranzzuschlag von 5 dB(A) im Sinne von Erleichterungen nach Art. 25 Abs. 2 und Art. 15 USG Rechnung getragen; zusätzlich besteht eine erhebliche Lärmvorbelastung aufgrund des Strassenlärms von der Hauptstrasse (I.garten) her. Der Lage in der Altstadt ist mit der Zuweisung der Altstadtzone in die Empfindlichkeitsstufe III ebenfalls Rücksicht getragen worden (§ 5 Abs. 1 der Bau- und Nutzungsordnung der Stadt B. vom 18. Juni 2001).

Bei geöffneten Fenstern ist gemäss den Ausführungen der Abteilung für Umwelt in der Liegenschaft F. (Schlafzimmer) der Verkehr innerhalb und ausserhalb der Stadt sowie das Personenverhalten permanent hörbar; zusätzlich war während dem von der Abteilung für Umwelt ausgewerteten Konzert der Bass am offenen Fenster sehr gut hörbar. In der Liegenschaft C./D. (Schlafzimmer) waren bei geöffnetem Fenster Bass und Bestandteile der Musik sehr gut wahrnehmbar; auch hier hat sich anlässlich der Augenscheinsverhandlung gezeigt, dass bei geöffneten Fenstern zusätzlich auch der Strassenlärm störend wirkt. Weiter führt die Abteilung für Umwelt aus,

dass bei geschlossenen Fenstern in der Liegenschaft F. (Schlafzimmer) Bass und Schlagzeug zeitweise schwach hörbar gewesen seien und ebenfalls der Verkehr schwach wahrgenommen werden könne. In der Liegenschaft C./D. sei der Bass demgegenüber auch bei geschlossener Tür und geschlossenem Fenster gut hörbar und es konnten tonhaltige Geräusche wahrgenommen werden.

Entsprechend ist mit der Abteilung für Umwelt für die Liegenschaft C./D. eine Korrektur aller Messwerte um 6 dB(A) nach oben vorzunehmen. Demgegenüber rechtfertigt es sich, unter Berücksichtigung der ausgeführten Aspekte (Strassenlärm, Bass bei offenem Fenster sehr gut hörbar, bei geschlossenem Fenster Bass und Schlagzeug nur zeitweise schwach hörbar) eine entsprechende Korrektur um 6 dB(A) für die Liegenschaft F. nur bezüglich des am offenen Fenster ermittelten Messwerts vorzunehmen.

3.3.5.5 Die massgeblichen Grenzwerte sind somit die folgenden: Grenzwerte für Körperschall: 22.00–07.00 Uhr: 35 dB[A], 19.00–22.00 Uhr: 40 dB[A], 07.00–19.00 Uhr: 45 dB[A]; Grenzwerte für Luftschall: 22.00–07.00 Uhr: 45 dB[A], 19.00–22.00 Uhr: 50 dB[A], 07.00–19.00 Uhr: 55 dB[A].

Wie bereits oben ausgeführt, wurden im Schlafzimmer von F. zwischen 21.00 und 21.50 Uhr die folgenden Messwerte (Leq kurz [10 Sek.]) erreicht: Türe und Fenster geschlossen 20–27 dB(A), Türe geschlossen am offenen Fenster 50–59 dB(A), Türe offen und Fenster geschlossen 21–28 dB(A). Im Schlafzimmer von C. fanden die Messungen zwischen 22.36 und 23.05 Uhr statt; es wurden die folgenden Messwert (Leq kurz [10 Sek.]) erreicht: Türe und Fenster geschlossen 30–36 dB(A), Türe geschlossen am offenen Fenster 58–71 dB(A), Türe offen und Fenster geschlossen 31–36 dB(A). Eine Selektierung der Lärmquellen (Verkehrslärm, Personenlärm, Musiklärm) erfolgte bei dieser Messung nicht, weil eine solche mit geringem Aufwand nicht möglich ist.

Eine Analyse der Messungen der Abteilung für Umwelt ergibt somit folgendes: In der Liegenschaft F. ergibt die Körperschallmessung einen Pegel von max. 27 dB(A) gegenüber einem zulässigen Grenzwert von 40 dB(A); beim Luftschall ergibt sich eine Messung von max. 59 dB(A), korrigiert um 6 dB(A) ergebend total 65 dB(A),

zulässig wären gemäss Grenzwert 50 dB(A). In der Liegenschaft C. ergibt eine um 6 dB(A) nach oben korrigierte Körperschallmessung einen Pegel von max. 42 dB(A), dies bei einem Grenzwert von 35 dB(A); beim Luftschall ergibt eine um 6 dB(A) korrigierte Messung einen Wert von max. 77 dB(A), der diesbezügliche Grenzwert beträgt 45 dB(A). Alle Pegel – mit Ausnahme des Körperschallpegels in der Wohnung F. – überschreiten somit die nach der Richtlinie des "Cercle bruit" zulässigen und hier anwendbaren Grenzwerte. Dabei bleibt zu berücksichtigen, dass eine Selektierung der Lärmquellen (insbesondere des Verkehrslärms) nicht erfolgte (vgl. auch Art. 40 Abs. 2 USG); aufgrund der teilweise massiven Überschreitungen der Grenzwerte – insbesondere (auch) bei geschlossenen Fenstern und Türen – kann allerdings ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die zulässigen Grenzwerte zur Zeit auch bei entsprechender Ausscheidung überschritten sind.

Demgemäss wird es Sache des Beschwerdeführers 1 sein, entsprechende (primär bauliche, allenfalls betriebliche) Massnahmen zu treffen, um die gemäss den obigen Ausführungen massgeblichen Grenzwerte einhalten zu können. Soweit dabei am Gebäude selber bauliche Massnahmen vorgenommen werden, insbesondere Aussenbauteile (z.B. Fenster) ersetzt werden, wären für diese Bauteile an sich die Bestimmungen nach Art. 32 f. LSV (baulicher Mindestschutz) einzuhalten; allerdings ist bei Änderungen an bestehenden Gebäuden, die vor dem Inkrafttreten des USG erstellt wurden, eine Anpassung nur sinnvoll, soweit die nachträgliche Verbesserung des Schallschutzes mit vertretbarem Aufwand realisiert werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die anwendbare Norm nicht auf die Dämmwerte einzelner Bauteile wie Fenster oder Wände bezieht, sondern auf die zu erreichende Lärmreduktion zwischen aussen und innen beziehungsweise zwischen benachbarten Räumen (vgl. Wolf, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, N 60 f. zu Art. 25 i.V.m. N 15 und 20 zu Art. 21). Angesichts der besonderen Verhältnisse im vorliegenden Fall (z.B. über 200-jähriges denkmalgeschütztes Altstadtthaus; Kulturbetrieb seit rund 25 Jahren; Festlegung und Einhaltung der Grenzwerte nach der Richtlinie des "Cercle bruit"; zusätzliche betriebliche Massnahmen zum Schutz der Nachbarschaft)

rechtfertigt es sich jedoch – wie auch schon der Stadtrat B. dies getan hat – diesbezügliche Erleichterungen zu gewähren (vgl. Art. 32 Abs. 3 LSV).

Weitere mögliche Massnahmen zur Reduktion der Lärmbelastung im Zusammenhang mit internen Lärmquellen finden sich in Ziff. 6.2. der Richtlinie des "Cercle Bruit".

Gestützt auf § 61 V EG UWR i.V.m. § 30 Abs. 1 EG UWR obliegt sodann die Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben der Stadt B. (vgl. auch Art. 12 LSV).

3.3.6 Betriebliche Massnahmen

3.3.6.1 Unabhängig von einer allfälligen Überschreitung der Belastungswerte ist schliesslich gestützt auf das Vorsorgeprinzip eine weitere Verringerung der Emissionen nach Art. 11 Abs. 2 USG zu prüfen. Als emissionsbegrenzende Massnahmen kommen unter anderem betriebliche Massnahmen in Betracht.

Der Stadtrat B. hat im angefochtenen Entscheid verschiedene betriebliche Massnahmen beschlossen. So darf pro Monat an zwei Wochenenden (als solches gelten Freitag und Samstag) bis max. 01.00 Uhr elektronisch verstärkte Musik (inkl. Heavy-Metal und ähnliche Konzerte sowie Disco-Betrieb) gespielt werden; in der Zeit zwischen Januar und Ende Mai dürfen maximal zwei und von August bis Dezember maximal zwei weitere "Heavy-Metal- und ähnliche Konzerte" innerhalb des so definierten Betriebs durchgeführt werden. An allen anderen Tagen ist die elektronisch verstärkte Musik (inkl. Disco-Betrieb) um 23.00 Uhr einzustellen. Insgesamt drei Anlässe pro Monat dürfen mit höheren Schallpegeln als 93 dB(A) durchgeführt werden.

Demgegenüber beantragt der Beschwerdeführer 1, dass pro Wochenende (Freitag und Samstag) im Durchschnitt ein Anlass mit elektronisch verstärkter Musik bis 02.00 Uhr durchgeführt werden dürfe. An allen anderen Tagen soll die elektronisch verstärkte Musik um 23.00 eingestellt werden. Nicht als elektronisch verstärkte Musik gelten sollen Barbetrieb mit Hintergrundmusik, "leise" Disco (unter 93 dB), Film, Lesungen, Themenabende und unverstärkte ("unplugged") Konzerte. Der Beschwerdeführer 1 begründet dies damit, dass – nachdem bauliche Schallschutzmassnahmen getroffen würden

und die Nachbarschaft damit besser geschützt sei – für den Betrieb mehr Spielraum gewährt werden müsse. Zudem könne so im A.saal während der 8-monatigen Saison jedes Wochenende ein attraktives Angebot für Jugendliche angeboten werden und es bestehe aus der Sicht des Kulturvereins v.a. die Möglichkeit, die Programmation flexibler zu gestalten, indem gewünschten Bands mehr Terminvorschläge unterbreitet werden könnten. Weiter würde für die Anwohnerschaft so normalerweise ein störungsfreier Abend pro Wochenende entstehen. Der Beschwerdeführer 1 erklärt sich zudem bereit, die Konzerte um 01.00 Uhr zu beenden (anschliessend Barbetrieb mit Hintergrundmusik); für Discos sei es aber zwingend nötig, den Zeitrahmen bis um 02.00 Uhr ausschöpfen zu können, da ein erheblicher Teil des Publikums erst um 23 Uhr oder sogar später eintreffen würde. Insgesamt beantragt der Beschwerdeführer 1 eine Bewilligung für höchstens 35 "laute" Musikanlässe pro Jahr (heute 32), dies während einer 8-monatigen Saison.

Die Beschwerdeführenden 2 beklagen sich – nebst dem Lärm – über Vibrationen in ihren Wohnräumen, welche aus ihrer Sicht insbesondere aufgrund der tieftonhaltigen Musik auftreten. Sie beantragen deshalb das vollständige Verbot von elektronisch verstärkten Musikveranstaltungen, eventuell nach Art der Veranstaltungen differenzierte betriebliche Einschränkungen, um insbesondere Schlafstörungen zu vermeiden. Störend seien auch sogenannte "leise" Anlässe und nicht elektronisch verstärkte Musik. Die Anwohnerinnen und Anwohner möchten ab ca. 22.00 Uhr schlafen können.

3.3.6.2 Gemäss § 12 Abs. 2 und 3 des Polizeireglements der Gemeinden im Einzugsgebiet der Regionalpolizei B. vom 1. September 2007 ist in der Zeit von 23.00 Uhr bis 06.00 Uhr jeder Lärm verboten, der die Nachtruhe stört. Ausgenommen sind Arbeiten zur kurzfristigen Behebung eines Notstandes sowie dringende oder wetterabhängige landwirtschaftliche Arbeiten. Ausnahmegewilligungen müssen im Voraus eingeholt werden. Mit dem Inkrafttreten des USG am 1. Oktober 1985 hat das kantonale und kommunale Recht betreffend den direkten Schutz vor Immissionen indessen seine selbständige Bedeutung verloren, soweit sich sein materieller Gehalt mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses; es hat

sie dort behalten, wo es die bundesrechtlichen Normen ergänzt, oder, soweit erlaubt, verschärft (Entscheid des Bundesgerichts vom 5. Juni 2001 [1A.199/2000, 1P.373/2000], Erw. 1b/aa; BGE 118 Ia 114; 118 Ib 595 m.w.H.; Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 14. Mai 1993 [NO.93.00010] i.S. A.N. AG, Erw. 2a; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Februar 2004, in BEZ 2004, S. 27 f.). Kantonale oder kommunale Regelungen können bei der Konkretisierung des in Art. 11 Abs. 2 USG statuierten Vorsorgeprinzips somit durchaus gewisse eigenständige Wirkungen entfalten (vgl. BGE in URP 2001, S. 929; 1998, S. 55 ff.; AGVE 1998, S. 317 f., 1993, S. 394 ff.; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 6. April 2005 [VB.2004.00387], Erw. 3.3.1; Wolf, a.a.O., Art. 25 Rz 23). Die rechtsanwendende Behörde ist jedoch bei der Anordnung emissionsbegrenzender Massnahmen – selbst wenn sie auf eine Rechtsgrundlage im kommunalen Recht zurückgreifen – an die in Art. 11 Abs. 2 USG vorgegebene Interessenabwägung gebunden (vgl. auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 14. Mai 1993 [Art. Nr. 17] i.S. A.N. AG, Erw. 2a; RRB Nr. ...). Die Anwendung von Art. 684 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, welcher alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn durch Lärm oder Erschütterungen verbietet, obliegt dem Zivilrichter.

3.3.6.3 Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen hat der Beschwerdeführer 1 die Grenzwerte (Niveau Immissionsgrenzwerte) der Richtlinie des "Cercle Bruit" einzuhalten (Grenzwerte für Körperschall: 22.00–07.00 Uhr: 35 dB[A], 19.00–22.00 Uhr: 40 dB[A], 07.00–19.00 Uhr: 45 dB[A]; Grenzwerte für Luftschall: 22.00–07.00 Uhr: 45 dB[A], 19.00–22.00 Uhr: 50 dB [A], 07.00–19.00 Uhr: 55 dB[A]).

Eine Unterscheidung nach Musikstilrichtungen oder eine Unterscheidung zwischen elektronisch verstärkten beziehungsweise nicht verstärkten Anlässen beziehungsweise "lauten" und "leisen" Anlässen rechtfertigt sich damit grundsätzlich nicht mehr. Allerdings ist es angesichts der Tatsache, dass insbesondere die tieffrequente basslastige Musik der elektronisch verstärkten Live-Konzerte sich

durch Vibrationen besonders störend auf das Wohlbefinden der Anwohnerschaft auswirkt gerechtfertigt, – wie es im Übrigen auch der Beschwerdeführer 1 selber vorschlägt – diese spätestens um 01.00 Uhr zu beenden und auch in ihrer Anzahl zu beschränken. Der Beschwerdeführer 1 schlägt diesbezüglich vor, während der Saison pro Wochenende im Durchschnitt einen "lauten" Anlass durchführen zu können, wobei er darunter aber nebst elektronisch verstärkten Live-Konzerten auch Discos mit einem Innenschallpegel von mehr als 93 dB(A) versteht. Insgesamt erscheint es in Abwägung der Interessen des Kulturvereins und seiner Kundschaft einerseits und denjenigen der Anwohnerschaft andererseits angezeigt, die bisher problematischsten Anlässe, nämlich die elektronisch verstärkten Live-Konzerte auf höchstens (nicht durchschnittlich) einen Anlass pro Saison-Wochenende und auf eine maximale Zeitdauer bis 01.00 Uhr zu beschränken; es sei aber nochmals darauf hingewiesen, dass auch mit diesen Konzerten jederzeit die obigen Grenzwerte für Körper- und Luftschall eingehalten werden müssen. Die zusätzliche quantitative und tageszeitliche Beschränkung bezweckt unter anderem die Reduktion der Schlafstörungen durch Vibrationen, welche auch bei begrenzter Lautstärke auftreten können.

Für die übrigen Anlässe Freitag- und Samstagnacht (beziehungsweise Samstag- und Sonntagmorgen) rechtfertigt es sich, analog § 4 Abs. 1 des Gesetzes über das Gastgewerbe und den Kleinhandel mit alkoholhaltigen Getränken (Gastgewerbegesetz, GGG) vom 25. November 1997 den spätesten Schliessungszeitpunkt auf 02.00 Uhr festzusetzen. Auf denselben Zeitpunkt ist auch ein allfälliger Barbetrieb mit Hintergrundmusik nach Konzertende zu beenden.

Nach Angaben des Beschwerdeführers 1 wird von Sonntag bis Donnerstag im A.saal keine Musik gespielt; die Öffnungszeiten beschränken sich somit grundsätzlich auf Freitag und Samstag. Würde unter der Woche Musik gespielt, würde solche höchstens bis um 23 Uhr dauern. Mit dem Beschwerdeführer 1 ist somit die Dauer von allfälligen Musikanlässen ("unplugged"-Konzerte, elektronisch verstärkte Musik ab Tonträger inklusive Hintergrundmusik) von Sonntag bis Donnerstag auf längstens bis 23 Uhr festzulegen.

3.3.7 Fristen

Es verbleibt noch, angemessene Fristen für die Umsetzung der baulichen beziehungsweise betrieblichen Massnahmen anzusetzen.

Gemäss Schreiben des Beschwerdeführers 1 vom 13. Juli 2009 plant dieser erste bauliche Massnahmen (Schallschutzfenster auf der Südseite des A.saals, Richtung E.gasse) bereits im August 2009; anschliessend wird der Beschwerdeführer 1 zu prüfen haben, ob weitere bauliche Massnahmen (z.B. Schallschutzwand zur E.gasse 2, Schallschutzfenster auf der Westseite Richtung J.strasse) umgesetzt werden müssen, um die obigen Grenzwerte einhalten zu können. Hiefür erscheint eine Frist bis 31. Dezember 2009 als angemessen.

Ab dem Zeitpunkt der Einhaltung der massgeblichen Grenzwerte darf der Kulturbetrieb im Sinne von Erw. 3.3.6. hievordgeführt werden; bis dahin gilt die bisherige Regelung gemäss Beschluss des Regierungsrats vom 2. April 2008.

Sollte es dem Beschwerdeführer 1 nicht möglich sein, die massgeblichen Grenzwerte ab dem 1. Januar 2010 einzuhalten, hat er die Musikveranstaltungen auf diejenigen einzuschränken, bei welchen die obigen Grenzwerte nicht überschritten werden.

4. (...[Beweis- und verfahrenleitende Anträge])

5. Betrieb bis zur Rechtskraft / Entzug der aufschiebenden Wirkung

Der Regierungsrat beschloss am 2. April 2008 in Ziff. 4.1., dass während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor dem Regierungsrat und bis zur Rechtskraft des Hauptentscheides drei Anlässe pro Monat zulässig sind, die den über 60 Minuten gemittelten Pegel L_{eq} von 93 dB(A) überschreiten. Diese Anlässe haben sich an den Rahmen von Ziff. 7.1. und 7.2. des stadträtlichen Beschlusses vom 7. Februar 2005 zu halten. Im Übrigen dauert die betriebliche Regelung weiter, wie sie seit dem Beschluss des Regierungsrats vom 17. August 2005 Geltung hatte. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Ziff. 4.1. wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft und hat somit weiterhin Geltung bis zur Rechtskraft des Hauptentscheids.

(...)

II. Stimm- und Wahlrecht

105 Gemeinderatswahlen; der Versand von Flugblättern oder anderem Propagandamaterial durch die Gemeinden ist bei kommunalen Majorzwahlen unzulässig.

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Gemeindeabteilung, vom 29. Oktober 2009 in Sachen E. gegen die Einwohnergemeinde Z.

Aus den Erwägungen

3. Es ist unbestritten, dass die Gemeinde Z. den Stimmberechtigten mit den offiziellen Unterlagen für die Wahlen des Gemeinderats auch ein Flugblatt einer politischen Gruppierung (Wahlwerbung) zugestellt hat.

a) Der Gemeinderat ist zunächst auf das Gesetzmässigkeitsprinzip hinzuweisen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) vom 18. April 1999 ist die Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns das Recht. Danach dürfen Verwaltungstätigkeiten nicht nur nicht gegen das Gesetz verstossen, sondern sie müssen sich vielmehr auf das Gesetz stützen (U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz 368 f.). Insofern ist im Bereich des öffentlichen Rechts nicht einfach erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten ist, sondern es ist nur erlaubt, was sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann.

b) Gemäss Art. 34 Abs. 2 BV schützt die Garantie der politischen Rechte die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Eine unzulässige Beeinflussung der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger kann etwa vorliegen, wenn die Behörden in einen Wahl- oder Abstimmungskampf mit behördlicher Propaganda eingreifen. Bei Wahlen sind die Behörden zur strikten Neutralität verpflichtet, da ihnen keine Beratungsfunktion zukommt. Behördliche

Propaganda ist deshalb grundsätzlich unzulässig, insbesondere dann, wenn es um die Wiederwahl der betreffenden Behörde selber geht oder wenn Kampfkandidatinnen oder Kampfkandidaten auftreten (vgl. U. Häfelin/W. Haller/H. Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008, Rz 1393 ff.).

aa) In § 16 Abs. 4 des Gesetzes über die politischen Rechte (GPR) vom 10. März 1992 werden die Gemeinden verpflichtet, bei der Durchführung der Verhältniswahlverfahren (Einwohnerrat, Grosser Rat, Nationalrat) den Wahlberechtigten gleichzeitig mit den amtlichen Wahlunterlagen in einem besonderen Umschlag je ein Flugblatt der an der Wahl beteiligten Parteien oder politischen Gruppierungen unentgeltlich zuzustellen. Diese Flugblätter sind nach § 16 Abs. 5 GPR von den interessierten Parteien und politischen Gruppierungen in der für den jeweiligen Wahlkreis benötigten Anzahl rechtzeitig zur Verfügung zu stellen. Der mit organisatorischer Hilfe der Gemeinden sowie des Kantons durchgeführte Versand dieses Propagandamaterials an die Wahlberechtigten beinhaltet zwar eine indirekte staatliche Unterstützungsmassnahme, die aber, weil sie grundsätzlich nur bei Proporzwahlen zum Zuge kommt, wie dies § 16 Abs. 4 GPR deutlich macht, unter dem Gesichtspunkt des bei Wahlen geltenden Prinzips der strikten staatlichen Neutralität unbedenklich erscheint. Insbesondere respektiert diese Hilfestellung auch den Grundsatz der Chancengleichheit der Wahlbewerber- und Wahlbewerberinnen, indem allen Parteien und politischen Gruppierungen, die sich mit einem Wahlvorschlag an der Listenwahl beteiligen, ohne Einschränkung und unter Einräumung der gleichen Bedingungen die Möglichkeit haben, von der Dienstleistung Gebrauch zu machen. Die Gleichbehandlung aller Listen und aller einzelner Bewerber und Bewerberinnen gewährleistet somit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die freie Willensbildung und Willensbetätigung der Wählenden (BGE 113 Ia 291; Stefan Widmer, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. ZH 1989, S. 226).

bb) Anders verhält es sich demgegenüber nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes bei einer Majorzwahl wie der vorliegend zu beurteilenden Wahl des Gemeinderats (vgl. § 27 Ziff. 4 lit. a GPR). Im Gegensatz zur Listenwahl des Einwohnerrats oder zu anderen im

System des Verhältniswahlverfahrens durchzuführenden Wahlen, bei welchen der Kandidaten- bzw. Kandidatinnenkreis geschlossen ist und insofern alle auf den Listen aufgeführten Bewerber und Bewerberinnen gleichermassen von der Werbeaktion profitieren können, ist der erste Wahlgang einer Majorzwahl nämlich offen. Da demzufolge bei einer Majorzwahl ein rechtlich relevanter Kandidatenstatus fehlt, können alle Wahlberechtigten gültige Stimmen auf sich vereinigen. Dies bedeutet, dass Bewerber und Bewerberinnen, die nicht im Rahmen der Wahl durch Parteien oder Gruppierungen in Vorschlag gebracht und in die entsprechende Flugblattwerbung miteinbezogen werden, benachteiligt sind.

c) Es ist demnach festzuhalten, dass das GPR und die dazugehörige Verordnung den Versand von Propagandamaterial durch die Gemeinde bei kommunalen Majorzwahlen nicht vorsehen und dieser damit unzulässig ist. Darüber hinaus verletzt die Beilage von Wahlwerbung im 1. Wahlgang einer Gemeinderatswahl die verfassungsmässig geschützte Wahl- und Abstimmungsfreiheit (so schon in den Entscheiden des Departements Volkswirtschaft und Inneres vom 26. August 1993 i.S. K. gegen die Gemeinde R., vom 17. Dezember 1996 i.S. D. gegen die Gemeinde M., und 23. Juni 2004 i.S. F. gegen die Gemeinde A. sowie Entscheid des Regierungsrats vom 30. April 1997 i.S. D. gegen die Gemeinde M.).

Wird eine unzulässige Einflussnahme auf die Meinungsbildung festgestellt, so wird eine Wahl jedoch nur dann aufgehoben, wenn die gerügten Unregelmässigkeiten erheblich sind und das Ergebnis beeinflussen bzw. beeinflusst haben könnten. Dies trifft hier nach Auffassung der Beschwerdeinstanz nicht zu. Das Flugblatt war nicht das einzige Informationsmittel im Wahlkampf. Vielmehr hat der Anzeiger für das Oberamt am 18. September 2009 ausdrücklich auf den Umstand der unerlaubten Werbung hingewiesen. Zudem sind im erwähnten Zeitungsartikel die beiden neuen Kandidaten ausführlich vorgestellt worden. Damit war eine freie Willensbildung durchaus möglich. Insgesamt kann deshalb davon ausgegangen werden, dass das Wahlergebnis den wirklichen Willen der Stimmberechtigten korrekt zum Ausdruck bringt. Demzufolge kann von einer Kassation der Wahl abgesehen werden. Es erweist sich im vorliegenden Falle als

ausreichend, wenn die Aufsichtsbehörde den Gemeinderat dazu verpflichtet, sich in künftigen Fällen gesetzeskonform zu verhalten.

III. Gemeinderecht

106 Gemeindeversammlung; Übernahme von Transportkosten für auswärtigen Schulbesuch auf freiwilliger Basis; massgebend sind politische Überlegungen.

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Gemeindeabteilung, vom 8. April 2009 in Sachen A. und B. gegen die Einwohnergemeinde X.

Aus den Erwägungen

2. Die in Frage stehende Vorlage unter Traktandum 4 lautete wie folgt:

"Initiativbegehren zur Sprechung eines Verpflichtungskredits für die Beteiligung der Gemeinde X. an den Transportkosten für den auswärtigen Oberstufenschulbesuch (Volksschule) mit jährlich wiederkehrenden Kosten sowie Kosten für das Jahr 2009 von Fr. 19'404.--".

Das Kreditbegehren umfasste den Ausgabenersatz für Busabonnemente im Zeitraum von 6 Monaten (gegen Vorlegung der Quittung) und eine Fahrradentschädigung, sofern denn ein solches für den Schulbesuch benutzt würde. Aufgrund des Gegenstandes des Initiativbegehrens ist kurz auf die schulrechtliche Ausgangslage bezüglich der Übernahme von Transportkosten für auswärtigen Schulbesuch durch die Gemeinden einzugehen. Dabei sind zwei Tatbestände auseinanderzuhalten. Die Gemeinde kann gesetzlich verpflichtet sein, Schultransportkosten zu übernehmen (nachfolgend Ziff. 3). Möglich ist indes auch, dass sie freiwillig Beiträge an solche Kosten leistet (nachfolgend Ziff. 4).

3. a) Gemäss § 53 Abs. 4 des Schulgesetzes (SchulG) vom 17. März 1981 haben die Einwohnergemeinden den auswärtigen

Schulbesuch, unter anderem durch die Übernahme notwendiger Transportkosten, zu erleichtern. Aus der Gesetzesbestimmung ergibt sich, dass die Gemeinden nicht alle, sondern nur die notwendigen Transportkosten übernehmen müssen. Auszugehen ist dabei davon, dass ein Schüler oder eine Schülerin zunächst versuchen muss, die Schule am Wohnort oder auswärts, sei es zu Fuss oder mit dem Fahrrad, aus eigener Kraft zu erreichen. Nur, falls dies nicht mehr möglich oder dem Schulkind nicht zumutbar ist, muss ein Transportmittel benützt werden und entstehen demnach notwendige Transportkosten (AGVE 1986, S. 147).

b) Der Gemeinderat vertritt nun die Auffassung, dass der auswärtige Schulbesuch der Oberstufe in J. bzw. in K. den Schülerinnen und Schülern von X. zugemutet werden kann und demnach für die Gemeinde keine Leistungsverpflichtung besteht. Ob diese Rechtsauffassung, welche von den Beschwerdeführerinnen in Zweifel gezogen wird, einer Überprüfung durch die zuständige Instanz standhalten würde oder nicht, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Da es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit gemäss § 60 Ziff. 3 aVRPG (nach neuem Recht gemäss § 60 lit. c VRPG) gegen eine Gemeinde handelt, müssten anspruchsberechtigte Personen ihre Forderung beim Verwaltungsgericht einklagen, wobei ein Anspruch jedenfalls nur für notwendige Transportkosten bestehen würde (AGVE 1986, S. 143 ff.; 2006, S. 79 ff.). Solange das Verwaltungsgericht in dieser Sache aber kein Urteil fällt, muss die Frage, ob die Gemeinde gesetzlich verpflichtet wäre, eine Entschädigung für allfällige Transportkosten auszurichten, offen bleiben.

c) Für das vorliegende Verfahren bleibt aufgrund der dargelegten Rechtslage festzuhalten, dass die Gemeindeversammlung die Frage, ob die Gemeinde nach Schulgesetz verpflichtet wäre, Transportkosten zu übernehmen, nicht zu entscheiden hatte. Es war einzig darüber zu befinden, ob sie auf freiwilliger Basis einen Beitrag an Transportkosten leisten will oder nicht.

4. Die Einwohnergemeinden sind selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie versehen Aufgaben von lokaler Bedeutung, soweit diese nicht in die Zuständigkeit anderer Organisationen fallen (vgl. § 104 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni

1980). Sie sind insbesondere befugt, neben den ihnen übertragenen Aufgaben auch Aufgaben von lokaler Bedeutung freiwillig zu übernehmen. Es steht ihnen deshalb frei, darüber zu befinden, ob sie über die notwendigen Transportkosten hinaus auch freiwillige Beiträge für den auswärtigen Schulbesuch bezahlen wollen. Sofern dies beabsichtigt wird, ist die entsprechende Vorlage der Gemeindeversammlung zu unterbreiten, da die Beschlussfassung über Verpflichtungskredite und neue, jährlich wiederkehrende Ausgaben in die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung fällt (§ 20 Abs. 2 lit. c des Gesetzes über die Einwohnergemeinden [GG] vom 19. Dezember 1978). Die Beschwerdeführerinnen haben über das Instrument des Initiativrechts von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und mit ihrem Begehren verlangt, dass der Versammlung ein Kreditbegehren für die Erstattung von Transportkosten zur Behandlung und Beschlussfassung vorzulegen ist (vgl. § 22 Abs. 2 GG).

Die Leistung von freiwilligen Beiträgen an die Transportkosten durch die Gemeinde ist grundsätzlich an keine rechtlichen Voraussetzungen gebunden. Zu beachten wäre bei einer Übernahme einzig das Gebot der rechtsgleichen Behandlung von Schülerinnen und Schülern. Dies hat zur Folge, dass dem Kriterium der Zumutbarkeit des Schulwegs an sich keine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Vielmehr dürfte die Gemeinde unabhängig davon Transportkosten auf freiwilliger Basis übernehmen. Für die Beschlussfassung über das Initiativbegehren konnten somit einzig politische Überlegungen massgebend sein.

5. Dem Gemeinderat wird vorgeworfen, dass er die Stimmberechtigten über das unter Traktandum 4 zu behandelnde Geschäft irreführend und zum Teil falsch informiert habe. Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen unrichtige Auskünfte von Behörden die Ungültigkeit eines Beschlusses zur Folge haben, enthält das kantonale Recht keine Regeln. Es ist demnach auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zurückzugreifen, die sich diesbezüglich herausgebildet hat (AGVE 1996, S. 466).

a) Das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete politische Stimmrecht gibt jeder Bürgerin und jedem Bürger einen Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsresultat anerkannt wird, das

nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (BGE 114 Ia 43). Dabei kann das Abstimmungsresultat insbesondere durch eine unerlaubte Beeinflussung der Willensbildung der Stimmbürgerschaft verfälscht werden, was namentlich anzunehmen ist, wenn eine Behörde, welche zu einem Verhandlungsgegenstand Erläuterungen verfasst oder abgibt, ihre Pflicht zur objektiven Information verletzt sowie über Zweck und Tragweite der Vorlage falsch orientiert (BGE 112 Ia 335).

b) Im vorliegenden Fall hat der Gemeinderat in der Einladung zur Gemeindeversammlung ausführlich über die Vorlage informiert. Auf die im Wesentlichen integral übernommene Darstellung des Initiativkomitees folgt die Antragstellung des Gemeinderats mit seiner die Initiative ablehnenden Argumentation. An der Versammlung selber ist über die Vorlage ausführlich diskutiert worden. Dabei sind verschiedene Argumente für und gegen die Kostenübernahme genannt worden. Seitens der Gegnerinnen und Gegner des Geschäfts ist etwa angeführt worden, dass man kein «Giesskannenprinzip» wolle. Ebenfalls ist bemängelt worden, dass die Dauer von sechs Monaten für die Kostenübernahme zu lang sei. Schliesslich hat man auch die soziale Komponente eines gemeinsamen Schulwegs als wichtig erachtet. Aufgrund dieser vielfältigen Informationen und Voten konnten sich die Versammlungsteilnehmenden ein umfassendes Bild über das Geschäft machen. Dabei sind keine Gründe ersichtlich, dass einem der verschiedenen Argumente ein höheres oder gar ausschlaggebendes Gewicht beigemessen worden wäre.

c) Die Beschwerdeführerinnen werfen dem Gemeindeammann vor, dass er bei der Zitierung von zwei Gerichtsurteilen wichtige Fakten verschwiegen habe. Dadurch seien die Stimmberechtigten in die Irre geführt worden. Dem kann nicht beigespflichtet werden. Zwar trifft es zu, dass der Gemeindeammann nur einzelne Passagen aus den Entscheiden zitiert hat. So hat er unbestrittenermassen nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass in den Urteilen zwischen Sommer- und Winterhalbjahr differenziert worden ist. Insofern konnten die Äusserungen tatsächlich etwas missverständlich wirken. Indes ist an der Versammlung mehrmals erwähnt worden, dass es beim Schulweg nicht um 4.9 oder 5.1 km gehe, sondern verschiedene Fak-

toren zusammenspielen (vgl. etwa Auszug aus dem Protokoll der Einwohnergemeindeversammlung vom 14. November 2008, Votum R., S. 4). Zudem hat eine der Beschwerdeführerinnen angefügt, dass das Verwaltungsgericht die Gemeinde N. verpflichtet habe, die vollen Kosten für das ganze Jahr zu übernehmen. Der Radweg dort sei beleuchtet und flach, aber mehr als 5 km lang (vgl. Auszug aus dem Protokoll der Einwohnergemeindeversammlung vom 14. November 2008, Votum B., S. 3). Aufgrund dieser verschiedenen Äusserungen musste den Stimmberechtigten bewusst werden, dass es hinsichtlich der Zumutbarkeit des Schulwegs - einschliesslich der Differenzierung zwischen Sommer- und Winterhalbjahr - keinen absolut gültigen Massstab gibt. Darüber hinaus sind, wie bereits erwähnt, verschiedene Gründe für oder gegen das Initiativbegehren vorgebracht und diskutiert worden. Diese dürften für die Meinungsbildung der Versammlungsteilnehmenden ebenfalls von Bedeutung gewesen sein.

d) Selbst wenn man die Aussagen des Gemeindeamanns hinsichtlich der Gerichtsurteile als mangelhaft qualifizieren würde, führte dies nicht zwingend zur Aufhebung des Versammlungsbeschlusses. Steht ein Fehler allgemeiner Natur in Frage, so ist nach den gesamten Umständen zu beurteilen, ob eine Beeinflussung des Abstimmungsergebnisses möglich gewesen sei oder nicht. Dabei ist insbesondere auf die Grösse des Stimmenunterschiedes, die Schwere des konstatierten Mangels und auf dessen Bedeutung im Rahmen der gesamten Abstimmung abzustellen (BGE 105 Ia 155). In Würdigung aller Umstände erscheint es als ausgeschlossen, dass die Beschlussfassung bei vollständiger Zitierung der Urteile anders ausgefallen wäre. Zum einen liegt mit 77 Nein- zu 27 Ja-Stimmen ein klares Ergebnis vor. Der unvollständige Hinweis wiegt zum anderen nicht sehr schwer. Eine absolute und für die Willensbildung der Stimmberechtigten einzig ausschlaggebende Bedeutung kann ihm nach Auffassung der Beschwerdeinstanz jedenfalls nicht beigemessen werden.

107 Polizeiwesen; Anforderungen in Bezug auf die Anordnung einer Wegweisung und Fernhaltung nach § 34 Abs. 1 PolG und weiterer polizeilicher Massnahmen.

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Gemeindeabteilung, vom 13. Juli 2009 in Sachen C. gegen die Einwohnergemeinde Y.

Aus den Erwägungen

2. Der Anordnung bezüglich Wegweisung und Fernhaltung kommt die Eigenschaft einer Verfügung im Sinne des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968 (VRPG) zu. Es handelt sich um eine Anordnung einer Verwaltungsbehörde im Einzelfall, welche Rechte oder Pflichten begründet oder deren Bestand, Nichtbestand oder Umfang feststellt (AGVE 1981, S. 209). Gemäss § 105 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden (GG) vom 19. Dezember 1978 (alte Fassung) können Verfügungen und Entscheide der Organe von Gemeinden, Gemeindeverbänden, öffentlich-rechtlichen Waldkorporationen, Gerechtigkeitgenossenschaften und ähnlichen Körperschaften innert zwanzig Tagen seit Eröffnung mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden. Diese Frist ist im vorliegenden Fall eingehalten. Ebenso erfüllt der Beschwerdeführer als von der Verfügung betroffene Person die Legitimationsvoraussetzungen.

Hinsichtlich der Wegweisung und Fernhaltung ist das Rechtsschutzinteresse an der Beschwerde an sich hingefallen, da deren Dauer längst abgelaufen ist. Vom Erfordernis des aktuellen Interesses kann abgesehen werden, wenn sonst in Grundsatzfragen kaum je ein rechtzeitiger Entscheid gefällt werden könnte. Zudem muss sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Rz 25 zu § 21). Dies trifft hier zu. Angesichts der meist kurzen Dauer von Wegweisung und Fernhaltung könnte kaum je fristgerecht ein Entscheid gefällt werden. Insofern ist auf die Beschwerde einzutreten.

3. Der Beschwerdeführer wirft der Polizei eine Verletzung der Begründungspflicht vor. Dem kann nicht beigespflichtet werden. Die Verfügung enthält eine knappe Darstellung des Sachverhalts und eine kurze Begründung. Dies genügt. Bei einer Wegweisung und Fernhaltung dürfen keine allzu hohen Ansprüche an die Begründungspflicht gestellt werden. Um angespannte Situationen zu entschärfen, ist bei solchen Massnahmen grundsätzlich ein rasches Handeln geboten. Da bleibt wenig Zeit für detaillierte und ausgefeilte Formulierungen. Zudem erfolgt in der Regel auch noch eine mündliche Erläuterung der Anordnung (vgl. auch Vernehmlassung des Stadtrats Y. vom 3. November 2008, S. 1). Schliesslich geht es bei der Wegweisung und Fernhaltung auch nicht um einen derart komplexen Sachverhalt, welcher erhöhte Anforderungen an die Begründungspflicht stellen würde. Der Beschwerdeführer ist hier ausreichend in die Lage versetzt worden, die Tragweite der Anordnung zu beurteilen.

4. a) Die Stadtpolizei Y. hat die Anordnung der Wegweisung und Fernhaltung gestützt auf § 34 Abs. 1 des Gesetzes über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (PolG) vom 6. Dezember 2005 erlassen. Demnach kann die Polizei Personen vorübergehend von einem Ort wegweisen oder fernhalten, wenn diese die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gefährden oder stören (lit. a), den Einsatz von Polizeikräften, Feuerwehren oder Rettungsdiensten behindern (lit. b) oder andere Personen ernsthaft gefährden (lit. c). Keine Voraussetzung für die Wegweisung und Fernhaltung ist das Vorliegen einer strafbaren Handlung. Insofern ist der Hinweis auf die Unschuldsumutung in der Replik des Beschwerdeführers unbehelflich und tut hier nichts zur Sache.

b) Der Beschwerdeführer bezweifelt die Gesetz- und Verhältnismässigkeit der angefochtenen Verfügung. Eine Massnahme müsse sich auf eine genügend bestimmte generell-abstrakte Norm stützen und geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen (Beschwerdeschrift vom 9. September 2008, S. 7). Es ist somit im Folgenden zu prüfen, ob die umstrittene Verfügung gegen übergeordnete Rechtsgrundsätze verstösst oder nicht.

5. Mit Ausnahme des Kerngehalts der Grundrechte, welcher unantastbar ist, können diese eingeschränkt werden (vgl. Art. 36 der

Bundesverfassung). Dabei bedürfen Einschränkungen einer gesetzlichen Grundlage. Sie müssen zudem durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

a) Die gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Wegweisung und Fernhaltung stützt sich auf das Polizeigesetz. Dieses stellt eine formell-gesetzliche Grundlage im Sinne der Bundesverfassung dar. Sinngemäss macht der Beschwerdeführer allerdings geltend, das Polizeigesetz erfülle wegen dessen Unbestimmtheit die Anforderungen einer genügenden Gesetzesgrundlage nicht. Dies trifft nicht zu. Eine ähnlich lautende Vorschrift des Polizeigesetzes des Kantons Bern ist seitens des Bundesgerichts nicht beanstandet worden. In Anbetracht der Schwierigkeiten der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Massnahme, des offenen Kreises der Normadressaten und der geringen Schwere des Grundrechtseingriffs hat es die entsprechende Norm für die Aussprechung einer Fernhaltung als genügend bestimmt erachtet (BGE 132 I 59). Diese Überlegungen müssen auch im vorliegenden Fall gelten. Es gibt keine Veranlassung, die aargauische Regelung anders zu beurteilen. Die Rüge der ungenügenden Bestimmtheit von § 34 Abs. 1 PolG ist demnach unbegründet.

b) Der Beschwerdeführer bestreitet nicht grundsätzlich, dass es unter Alkoholeinfluss zu einer Auseinandersetzung mit seinem Bruder und einem Begleiter gekommen ist. Es habe sich jedoch um einen Streit unter Freunden gehandelt. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Auch wenn bei diesem Streit keine Drittpersonen direkt von der Auseinandersetzung betroffen waren, kann ein polizeiliches Einschreiten in einer derartigen Situation durchaus geboten sein. Die Verhinderung oder Unterbindung von Streitereien im öffentlichen Raum, mithin die Aufrechterhaltung der Ordnung sowie Sicherheit und Ruhe, liegt zweifelsohne im öffentlichen Interesse. Diese Räume, wie beispielsweise ein Bahnhof, sollen alle Personen ungehindert passieren und begehen können. Dabei kann nicht nur physische, sondern auch psychische Gewalt bei Leuten Verunsicherung und Ängste hervorrufen. Passantinnen und Passanten fühlen sich durch Auseinandersetzungen von Personen unter Umständen genötigt, auszuweichen oder gar andere Wege zu benützen. Es kann dabei

durchaus zu Angst vor Beeinträchtigungen kommen. Damit wird aber deren Bewegungsfreiheit, die zu schützen ist, eingeschränkt. Die Wegweisung und Fernhaltung von streitenden Personen, die unbeteiligte Dritte beeinträchtigen - und sei es auch nur psychisch - liegt demzufolge sehr wohl im öffentlichen Interesse.

c) Schliesslich ist noch zu prüfen, ob die angeordnete Wegweisung und Fernhaltung das Gebot der Verhältnismässigkeit beachtet. Dieses verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar und verhältnismässig erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 132 I 62).

Für die Beschwerdeinstanz besteht keine Veranlassung, an der Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdegegnerin zu zweifeln. Ausser den pauschalen Vorwürfen an die Adresse der Polizei und die Rechtfertigung des eigenen Verhaltens bringt der Beschwerdeführer keine stichhaltigen Argumente vor. Selbstverständlich kann die Frage, ob ein Polizeieinsatz notwendig gewesen ist, nicht von den diesen verursachenden Personen beurteilt werden. Stossend und unverständlich ist, dass der Beschwerdeführer die Schuld für die Eskalation des Einschreitens der Polizei zuschieben will. Es fällt denn auch auf, dass es der Beschwerdeführer an jeglicher kritischen Reflexion des eigenen Tuns vermissen lässt. Dennoch erscheint unter Berücksichtigung aller Umstände sein Verhalten nicht als derart gravierend, um eine Fernhaltung von 20 Tagen zu rechtfertigen. Eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder anderer Personen durch den Streit kann nicht vorgelegen haben. Andernfalls hätte die dritte an der Auseinandersetzung beteiligte Person ebenfalls mit der gleichen Massnahme belegt werden müssen. Zudem muss die Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung konkret und erheblich sein. Bloss abstrakte Gefährdungen reichen nicht aus (Andreas Baumann, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich 2006, Rz. 388). Anzeichen für eine

konkrete Gefährdung nach der Entlassung der Angehaltenen gibt es nicht und werden auch von der Polizei nicht näher dargelegt.

Bleibt noch das Verhalten des Beschwerdeführers gegenüber der Polizei. Hier hätte es nach Ansicht der Beschwerdeinstanz genügt, diesen auf den Polizeiposten zu führen. In der Regel reicht eine solche Massnahme aus, um die Gemüter zu beruhigen. Falls dem nicht so gewesen wäre, hätte eine Wegweisung von Stunden oder wenigen Tagen ausgereicht. Insofern erweist sich die hier zu beurteilende Fernhaltung und Wegweisung von 20 Tagen als unverhältnismässig und ist demnach aufzuheben.

6. Der Beschwerdeführer beanstandet das Verhalten der Polizei nach deren Einschreiten gegen die Auseinandersetzung. Die Anhaltung und die weiteren Massnahmen seien unzulässig gewesen. Dem kann nicht beigezweifelt werden. Der Bericht der Stadtpolizei vom 18. September 2008 ist schlüssig und klar. Für die Beschwerdeinstanz besteht keine Veranlassung, diesen in Zweifel zu ziehen. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Polizeibeamte eine Auseinandersetzung mit Personen provozieren sollten, nur um diese anschliessend abführen zu können. Selbst wenn der Beschwerdeführer die Personenkontrolle als schikanös und unzulässig erachtet hätte, wäre dies keine Rechtfertigung für sein anschliessendes Verhalten. Dass es bei der Kontrolle zu tätlichen Auseinandersetzungen gekommen ist, kann wohl kaum ernsthaft bestritten werden. Immerhin ist dabei ein Polizist verletzt worden, was auch seitens des Beschwerdeführers nicht grundsätzlich in Abrede gestellt wird.

a) Nach § 29 Abs. 3 PolG kann die Polizei die kontrollierten Personen auf den Polizeiposten führen, wenn die Identität an Ort nicht sicher oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten feststellbar ist (lit. a) oder Anhaltspunkte bestehen, dass die Personen unrichtige Angaben machen (lit. b) oder ein Anfangsverdacht vorliegt (lit. c). Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Anhaltung kann nicht darauf abgestellt werden, wie sich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nach Abschluss der Erhebung effektiv darbieten. Die Beschwerdeinstanz hat sich vielmehr in die Lage zu versetzen, in der die Polizeiorgane im Zeitpunkt der Abführung gewesen sind. Nach glaubhafter Darstellung der Polizei war eine vernünftige Personen-

kontrolle vor Ort nicht möglich. Die Situation war angespannt und musste bereinigt werden. Zudem erscheint der Verdacht auf Drogenkonsum aufgrund der Umstände nicht zum vornherein als abwegig. Wie allein schon das Wort "Anfangsverdacht" in § 29 Abs. 3 lit. c PolG zeigt, muss eine rechtswidrige Handlung nicht nachgewiesen sein. Würde ein derartiger Beweis verlangt, wäre eine Anhaltung und Untersuchung überhaupt in Frage gestellt (BGE 107 Ia 142). Unter Berücksichtigung aller Fakten ist hinsichtlich der Anhaltung des Beschwerdeführers kein unrechtmässiges Handeln der Polizei auszumachen.

b) Auch die weiteren Massnahmen der Polizei sind nach Ansicht der Beschwerdeinstanz nicht zu beanstanden. Eine Fesselung ist bei einer Anhaltung bereits dann möglich, wenn der Verdacht besteht, dass die Person Widerstand leistet (vgl. § 45 PolG). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Der Beschwerdeführer hat sich zumindest verbal der Mitnahme auf den Polizeiposten widersetzt (vgl. Replik des Beschwerdeführers, S. 5). Daraus durfte die Polizei durchaus ableiten, dass er allenfalls Widerstand leisten könnte. Weiter kann eine Person bei einer Festhaltung bis maximal 5 Stunden für die Vornahme der erforderlichen Abklärungen festgehalten werden (vgl. § 29 Abs. 4 PolG). Diese Frist ist im vorliegenden Fall nicht überschritten worden. Weshalb im Rahmen einer Anhaltung die vorübergehende Verbringung in eine Zelle oder einem anderen Raum des Polizeipostens nicht zulässig sein soll, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls ergibt sich diesbezüglich nichts aus dem angerufenen § 29 PolG. Bei Verdacht auf Drogenkonsum ist eine körperliche Durchsuchung kaum zu umgehen. Dabei ist es verständlich, dass die Leibesvisitation von einer Person, die ohne Verschulden von ihr betroffen wird, als hart und unangemessen erscheint. Doch ist diese aufgrund der konkreten Situation vertretbar gewesen. Schliesslich legt der Stadtrat auch überzeugend dar, weshalb dem Beschwerdeführer weder ein Telefonat noch eine Kontaktnahme mit seinem Bruder gewährt worden ist. Für weitere Abklärungen seitens der Beschwerdeinstanz in dieser Sache liegen somit keine stichhaltigen Gründe vor.

c) Der Atemlufttest ist nicht durchgeführt worden, so dass sich ein Eingehen darauf an dieser Stelle erübrigt.

d) Die Anordnung und Durchführung der polizeilichen Massnahmen gegen den Beschwerdeführer sind somit weder ungesetzlich noch unverhältnismässig gewesen. In diesem Punkt ist der Beschwerde demnach keine Folge zu geben.

7. Die Beschwerde ist erst Mitte Oktober 2008 an das Departement Volkswirtschaft und Inneres überwiesen worden. Zu diesem Zeitpunkt war die Dauer der angeordneten Wegweisung und Fernhaltung bereits abgelaufen. Demnach erübrigt es sich an dieser Stelle, auf das Begehren, die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen, einzugehen. Immerhin ist anzufügen, dass diese in der Regel nur sehr zurückhaltend und wohl nur in ausserordentlichen Fällen wieder erteilt werden könnte. Eine Wegweisung und Fernhaltung, die erst nach Ablauf eines Verfahrens vollzogen werden könnte, würde keinen Sinn machen.

IV. Vollzug Arbeitsgesetz

108 Brandschutz, Fluchtweg; für eine ohne vorgängig eingeholte Bewilligung umgestaltete Anlage kann nicht nachträglich auf notwendige Brandschutzmassnahmen verzichtet werden

Aus dem Entscheid des Regierungsrats vom 27. Mai 2009 i.S. V.S.R. gegen Verfügung des Amts für Wirtschaft und Arbeit (AWA), Sektion Industrie- und Gewerbeaufsicht.

Aus den Erwägungen

2. a) Gemäss Art. 8 Abs. 1 der Verordnung 4 zum Arbeitsgesetz (ArGV 4; SR 822.114) vom 18. August 1993 müssen Arbeitsplätze, Räume, Gebäude und Betriebsgelände bei Gefahr jederzeit und sicher verlassen werden können. Verkehrswege, die bei Gefahr als Fluchtwege dienen, sind zweckmässig zu kennzeichnen und stets frei zu halten. Art. 8 Abs. 2 ArGV 4 definiert den Fluchtweg als kürzesten Weg, welcher der Person zur Verfügung steht, um von einer beliebigen Stelle in Bauten und Anlagen ins Freie an einen sicheren Ort zu gelangen. Führen Fluchtwege nur zu einer Treppenanlage oder einem Ausgang ins Freie, dürfen sie nicht länger als 35 m sein. Wenn sie zu mindestens zwei voneinander unabhängigen Treppenanlagen oder Ausgängen ins Freie führen, so dürfen sie nicht länger als 50 m sein (vgl. Art. 8 Abs. 3 ArGV 4).

Art. 8 Abs. 5 ArGV 4 schreibt sodann vor, wenn ein Raum nur über einen Ausgang verfügt, so darf kein Punkt des Raumes von diesem mehr als 20 m entfernt sein. Sind zwei oder mehr Raumausgänge vorhanden, so erhöht sich das zulässige Mass auf 35 m. Sofern die Raumausgänge nicht direkt ins Freie oder in eine Treppenanlage münden, ist als Verbindung ein Korridor notwendig und die gesamte Fluchtweglänge darf 50 m nicht überschreiten.

b) Zu den Treppenanlagen hält Art. 7 Abs. 1 ArGV 4 fest, dass diese unmittelbar ins Freie führende Ausgänge aufweisen müssen. Abs. 2 lit. a der Bestimmung führt aus, dass bei Geschossflächen bis 600 m² mindestens eine Treppenanlage beziehungsweise ein direkter Ausgang ins Freie als Fluchtweg zur Verfügung stehen muss.

Treppenanlagen gelten gemäss Wegleitung zur ArGV 4 des SECO (Stand: 29. Oktober 2008; S. 407-1 ff.) als vertikale Hauptverkehrs- und Fluchtwege und umfassen Treppenhäuser, Aussentreppe und Sicherheitstreppe, die über direkt ins Freie führende Ausgänge verfügen. Das Erfordernis der ins Freie führenden Ausgänge ist in der Regel dann erfüllt, wenn ein direkter Fassadenausgang vorhanden ist, wenn ein Korridor, der den Brandschutzvorschriften der Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen (VKF) entspricht, die Treppenanlage mit dem Freien direkt verbindet oder der Ausgang aus dem Treppenhaus als zugehöriger Vorraum ausgebildet ist, welcher ausschliesslich Erschliessungszwecken dient. Lagerflächen sind unzulässig, während Repräsentationseinrichtungen ohne erhöhtes Brandrisiko (zum Beispiel ein Empfangsbüro) vorhanden sein dürfen.

c) Die massgeblichen Bestimmungen der ArGV 4 – konkretisiert durch die erwähnte Wegleitung des SECO – definieren ausführlich und präzise die technischen und baulichen Anforderungen an Fluchtwege beziehungsweise Treppenanlagen und/oder direkte Ausgänge ins Freie. Eine zusätzliche Konkretisierung enthalten sodann auch die einschlägigen Brandschutzvorschriften der VKF (siehe <http://bsvonline.vkf.ch/web/BSVonlineStart.asp?Sprache=d>).

3. a) Bereits den eingereichten Plänen ist zu entnehmen, dass aus dem Obergeschoss (Fläche ca. 875 m²) kein direkter Ausgang ins Freie führt. Die eine vorhandene Treppe ins Erdgeschoss wurde in offener Bauweise erstellt (mit Geländer). Um ins Freie zu gelangen, muss sodann zuerst ein zweiter, offenbar als Lager genutzter Raum durchquert werden. Somit kann die Treppe im Sinne der einschlägigen Brandschutzbestimmungen nicht als Fluchtweg gelten.

Anders läge der Fall, wenn die Treppe geschlossen beziehungsweise als Treppenhaus ausgestaltet wäre.

b) Ein zweiter Ausgang führt ins Obergeschoss des Nachbargebäudes auf eine hölzerne Galerie, von der aus es keine Möglichkeit gibt, das Erdgeschoss zu erreichen und das Gebäude zu verlassen.

c) Die beiden weiteren von der Beschwerdeführerin angeführten Möglichkeiten, die Anlage zu verlassen, führen über lange Stollen, in denen auf ungefähr in Kopfhöhe geführten Förderbändern Salz in die Eindampfanlage zugeführt wird. Beide Förderstollen führen ebenfalls nicht direkt ins Freie, sondern zu einer weiteren Halle resp. wiederum zu einem anderen Gebäude. Die Förderstollen sind eher eng (zwei Personen müssen hintereinander gehen), leicht abschüssig beziehungsweise ansteigend; der aus Holz gefertigte Boden und die Treppenstufen sind aufgrund des Salzstaubs zudem leicht rutschig. Die Länge des einen Förderstollens beträgt gemäss Plan ca. 40 m. Vom Stollenausgang bis zu einem möglichen Ausgang ins Freie sind es weitere ca. 20 m. Der zweite Förderstollen ist gar noch um einiges länger.

Aufgrund der Länge der Förderstollen, deren baulicher Ausgestaltung und aufgrund dessen, dass sie über andere Brandabschnitte führen, können auch diese beiden Möglichkeiten, das Gebäude zu verlassen, nicht als Fluchtwege angesehen werden.

4. a) Anlässlich der Augenscheinsverhandlung beziehungsweise bei Begehung der Anlage hat sich erwiesen, dass die vorhandenen Ausgänge weder den technischen noch baulichen Anforderungen an Fluchtwege genügen. Sie sind entweder von der baulichen Konzeption her ungeeignet (Treppe), führen in eine eigentliche Sackgasse (Ausgang 2; vgl. oben, Ziff. 3 lit. b) oder sind zu lang und schlecht begehbar (Förderstollen). Zudem verfügt keiner der Ausgänge über den notwendigen Brandabschluss mit entsprechendem Feuerwiderstand beziehungsweise die nötige bauliche und/oder technische Ausgestaltung (vgl. Art. 46 ff. Brandschutznorm VKF; oben, Ziff. 2 lit. b Abs. 2 und lit. c). Angesichts der klaren und detaillierten Regelungen steht kein Ermessensspielraum offen.

Keine Rolle spielt sodann, dass die Anlage nicht permanent besetzt ist, finden doch täglich drei Kontrollgänge und eine wöchentliche Wartung (Reinigung der Maschinen) statt.

Art. 38 Abs. 2 der Brandschutznorm VKF hält fest, dass vorgeschriebene Mindestanforderungen nicht aufgrund von Berechnungsmethoden oder technischen Brandschutzeinrichtungen reduziert werden dürfen. Somit sind jegliche kompensatorische Massnahmen, wie die ersatzweise Installation zusätzlicher Brandschutzmelder, ausgeschlossen.

b) Auch aus dem Grundsatz des Gleichbehandlungsgebots ist es nicht angezeigt, für eine ohne vorgängig eingeholte Bewilligung umgestaltete Anlage nachträglich auf notwendige Brandschutzmassnahmen zu verzichten. Dies um so mehr, als der Kanton Aargau als Miteigentümer der Vereinigten Schweizerischen Rheinsalinen im Rahmen seiner Vorbildfunktion ein deutliches Zeichen setzen muss, ist doch der betriebliche Brandschutz ein wichtiger Aspekt des Arbeitnehmerschutzes.

Schliesslich hat die Beschwerdeführerin selbst eingeräumt, dass durchaus (und sogar mehrere) technische Möglichkeiten zur Erfüllung der angefochtenen Auflage bestehen würden, diese aber (bisher) nicht realisiert worden seien, da man sie als luxuriös angesehen habe.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorhandenen Ausgänge aus dem Obergeschoss der neuen Eindampfanlage der Beschwerdeführerin die Anforderungen an einen Fluchtweg in keiner Weise erfüllen.

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen. Nachdem die von der Vorinstanz zur Erfüllung der Auflagen angesetzte Frist mittlerweile durch das Beschwerdeverfahren verstrichen ist, ist eine neue anzusetzen. Dabei ist den technischen und baulichen Anforderungen (Planung und Ausführung) Rechnung zu tragen.

Sachregister 2007-2009

2001 **15** 68 (2001 = Jahr / 15 = Entscheidungsnummer / 68 = Seitenzahl)

Sachregister 2007 - 2009

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
- s. Präponderanzmethode

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. fürsorgerische 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: Überprüfung Registereintrag bei Anstellung in einer Anwalts-AG 2009 7 39
- Registereintrag: Voraussetzungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit bei Tätigkeit im Anstellungsverhältnis neben der Anwaltstätigkeit 2007 9 46
- Verbot des Direktkontakts mit anwaltlich vertretener Gegenpartei 2009 8 51
- 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
- s. Berufsgeheimnis

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

Arbeitszeugnis

- Anwendung der Grundsätze, denen ein Arbeitszeugnis zu genügen hat 2009 **93** 411

Ästhetik

- s. Dachflächenveränderung

Aufenthaltsbewilligung

- s. Fremdenpolizeirecht

Aufhebungsvertrag

- s. Personalrecht

Auflagen und Weisungen

- Auflage zur Liquidation eines defizitären Geschäfts (Wirtschaftsfreiheit) 2009 **43** 227
- 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

Aussenschall

- s. Lärmschutz

Ausserordentliche Einkünfte

- Beurteilung der Ausserordentlichkeit von Dividenden 2007 **20** 78

Ausstand

- Ausstandsbegehren gegen einen Mitarbeiter des Kantonalen Steueramtes 2008 **69** 348
- Ausstandsgrund im Schiedsverfahren, verspätet gestelltes Ablehnungsbegehren 2009 **6** 36
- 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 Immissionsschutz 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

bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug

- Die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug darf nicht verweigert werden, wenn die bundesrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Daran ändert auch eine interne Weisung (Sofortmassnahmen) nichts, welche besagt, es brauche stets ein Gutachten, und wenn dieses (noch) nicht vorliege, erfolge keine bedingte Entlassung 2009 **25** 107

Befangenheit

- s. Ablehnung
- s. Vorbefassung

Begründungspflicht

- Nichteintreten auf eine Beschwerde, die keine Begründung enthält. Ein blosser Hinweis auf den Umstand, dass die Vorinstanz lediglich einen Mehrheits-/Minderheitsentscheid gefällt habe, stellt keine den minimalen Begründungsanforderungen entsprechende Begründung dar 2009 **50** 275
- s. Fremdenpolizeirecht

Behandlungsgebühr

- s. Baubewilligungsgebühr

Beiladung

- Wann sind Dritte beizuladen? 2007 **111** 407

Beitragsprimat

- 2009 **18** 84

Belastungsgrenzwerte

- Anwendbarkeit der "Vollzugshilfe der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute ("Cercle Bruit") vom 10. März 1999 (mit Änderung vom 30. März 2007) zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung im Zusammenhang mit dem Betrieb öffentlicher Lokale " auf ein in der Altstadt gelegenes Kulturlokal 2009 **104** 460

Benützungsgebühr

- Ist der Hauptbeweis der Wasserlieferung erbracht, besteht für den Bezüger eine kausalhaftungsähnliche Situation, von der er sich durch den Gegenbeweis befreien kann (erforderliches Beweismass) 2009 **76** 355
- 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
- Einkauf in die 2. Säule nach Auszahlung aus der Säule 3a 2009 **67** 313
- Eintritt Vorsorgefall 2007 **14** 61
- Frühpensionierung 2009 **18** 84
- Günstigkeitsprinzip 2007 **13** 59
- Hinterlassenleistungen 2009 **17** 81
- ordentliches Rentenalter 63/65 2007 **13** 59
- Primatwechsel einer Pensionskasse 2009 **18** 84
- Teilung nach Ehescheidung 2007 **14** 61, 2007 **15** 64, 2007 **16** 65
- Vergleich 2007 **15** 64
- Wohnigentumsförderung (WEF-Vorbezug) 2009 **20** 90

Berufsgeheimnis

- Entbindung vom Arztgeheimnis 2009 **47** 253
- Entbindung vom Berufsgeheimnis, damit eine Anwältin allfällige vormundschaftliche Massnahmen einleiten kann, wenn ihre Klientin im Scheidungsverfahren nicht (ver-)handlungsfähig ist 2008 **10** 45
- Entbindung vom Berufsgeheimnis im polizeilichen Ermittlungsverfahren nach Tötung der Klientin durch den Ehemann 2009 **9** 51
- Verhältnis zu den gesetzlichen Meldepflichten 2009 **47** 253
- s. Anwaltskommission, Registereintrag

Berufskosten

- Berechnung der Zeitersparnis 2008 **17 75**, 2009 **30 144**
- Fahrtkosten eines Wochenaufenthalters 2008 **17 75**, 2009 **30 144**
- Zumutbarkeit zeitlicher Mehraufwand für die Benützung des öffentlichen Verkehrs 2008 **17 75**, 2009 **30 144**
- 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**
- Fehlende Legitimation des Unterhaltsschuldners zur Anfechtung der Alimentenbevorschussung 2009 **56 291**
- 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

- Erweiterung einer Tankstelle um einen Verkaufsshop 2009 **36** 182
- Renovation einer ehemals landwirtschaftlichen Liegenschaft zu nichtlandwirtschaftlichen Wohnzwecken und für die Hobbylandwirtschaft; bestimmungsgemässe Nutzbarkeit verneint 2008 **100** 471

Besoldung

- Koppelung der Höhe des Erfahrungsanteils bei Personalgruppen mit Grundlohn an die durchschnittliche Lohnentwicklung des übrigen Staatspersonals verstösst nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot und ist mit § 22 LD vereinbar 2009 **99** 439
- s. Personalrecht

Betriebsschliessung

- s. Gastwirtschaftsrecht

Beweis

- Anforderungen an Nachweis von ins Ausland bezahlte Vermittlungsprovisionen 2009 **72** 325

Beweismass

- Im Besteuerungsverfahren 2009 **28** 132

Beweismittel

- s. Fremdenpolizeirecht

Bilanzberichtigung

- Einbringung von Geschäftsaktiven zu einem übersetzten Wert 2009 **60** 301

Brandschutz

- s. Fluchtweg

Buchhaltung

- Abweichen der Steuer- von der Handelsbilanz bei der Auflösung von nicht mehr geschäftsmässig begründeten Rückstellungen auf Beteiligungen 2009 **73** 327

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 Immissionschutz 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

Darlehen

- Qualifikation zugeflossener Mittel 2009 **28** 132

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

Dienstbarkeit

- s. Güterregulierung

Direktzahlungen

- Auslaufregelung betreffend angebunden gehaltenem Rindvieh 2007 **70** 277
- Ausnahmsweiser Anspruch auf Direktzahlungen trotz fehlendem zivilrechtlichem Nutzungsanspruch? (Erw. II/4 und 5) 2009 **74** 333
- Die faktische Bewirtschaftung eines Grundstückes ohne zivilrechtliche Nutzungsbefugnis schliesst den Anspruch auf Direktzahlungen nicht aus 2008 **72** 355
- Weitergehende Rückforderung von Direktzahlungen als gemäss Kürzungsrichtlinie bei absichtlicher Auslösung unzulässiger Direktzahlungen (Erw. II/7) 2009 **74** 333

Disziplinarstrafe

- s. Fremdenpolizeirecht

Disziplinarverfahren

- s. Anwaltskommission
- s. Anwaltsrecht

Doppelbestrafungsverbot

- 2009 **11** 57

Dublin-Verfahren

- s. Fremdenpolizeirecht

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, 2009 **20** 90

Eheschutzverfahren

- Verfahrenserledigung in Punkten, bezüglich derer die Parteien eine Vereinbarung getroffen haben 2009 **2** 28

Eigentumsfreiheit

- s. Denkmalschutz

Einbürgerung (ordentliche)

- Anfechtung ablehnender Bürgerrechtsentscheide der Gemeindeversammlung 2009 **48** 261
- Rechtsmittelweg 2009 **48** 261
- Zuständigkeit 2009 **48** 261

Eingrenzung

- s. Fremdenpolizeirecht

Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit

- Einbringung von Geschäftsaktiven zu einem übersetzten Wert 2009 **60** 301
- Verlust bei der Übertragung eines Landwirtschaftbetriebes an einen Nachkommen 2008 **64** 331
- s. Wertschriftenhändler

Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit

- Naturaleinkünfte (Geschäftsfahrzeug) 2009 **59** 301
- 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

EMRK

- s. Verfahren

Enteignung, formelle

- Kostenauflage im erstinstanzlichen Verfahren 2009 **49** 271
- 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

Enteignung, materielle

- Baulücken 2009 **33** 169
- Weitgehend überbautes Gebiet 2009 **33** 169

Entlassung aus der Anstalt

- s. fürsorgerische Freiheitsentziehung

Entsendung eines Arbeitgebers

- s. Fremdenpolizeirecht

Entzug des Führerausweises

- Keine Ausnahmegewilligung bei Visusmangel 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
- Parteikostenverlegung gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei teilweisem Obsiegen im Verfahren betreffend Warnungsentzug 2009 **23** 95, 2009 **51** 278
- Verfahrens- und Parteikostenverlegung nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens betreffend vorsorglicher Sicherungsentzug des Führerausweises 2009 **22** 95, 2009 **52** 280

Erbschaftssteuer

- Begriff der "Wohngemeinschaft" 2007 **67** 263

Ermessensveranlagung

- Mahnung als in der Regel unverzichtbares formelles Erfordernis 2009 **27** 129
- Vermögensvergleich, rechtliches Gehör 2008 **71** 350
- Vermögensvergleich, Schenkung von Bargeld 2008 **70** 349

Erschliessung

- Bedeutung der Sockellinie 2009 **32** 156
- Verkehrstechnische Dimensionierung der Erschliessungsstrasse steht nicht im freien Ermessen der Gemeinde 2009 **32** 156
- s. Güterregulierung

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

Feststellungsinteresse

- s. Personalrecht

Feststellungsverfügung

- In Veranlagungen sind über die Festlegung der Steuerfaktoren hinausgehende rechtskraftfähige Feststellungen ausgeschlossen 2009 **29** 136
- Selbstständige Feststellungsverfügungen sind im Steuerrecht, abgesehen vom Fall der Feststellung der Steuerpflicht, grundsätzlich ausgeschlossen 2009 **29** 136

Fluchtweg

- Für eine ohne vorgängig eingeholte Bewilligung umgestaltete Anlage kann nicht nachträglich auf notwendige Brandschutzmassnahmen verzichtet werden 2009 **108** 501

Flugblatt

- s. Gemeinderatswahlen

Freizügigkeitsleistung

- ausländisches Vorsorgeguthaben 2007 **16** 65
- Teilung nach Ehescheidung 2007 **14** 61, 2007 **15** 64, 2007 **16** 65

Fremdenpolizeirecht

- Änderung der Haftdauer 2009 **78** 363
- Amtssprache 2007 **80** 313
- Angemessene Ausreisefrist 2009 **92** 405
- Anspruch auf Beschäftigung 2008 **81** 399
- Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens 2009 **91** 395

- Aufenthalt zur Vorbereitung der Heirat 2007 **97** 341
- Ausländerausweis 2009 **90** 389
- ausländische Behörde 2008 **78** 390
- Ausreichende finanzielle Mittel 2009 **85** 383
- Ausreisefrist 2009 **92** 405
- Ausschaffungshaft, Ausreisewille 2009 **82** 377
- Ausschaffungshaft, Festhaltung einer Person bis zur Gewährung des rechtlichen Gehörs 2009 **79** 366
- Ausschaffungshaft, Haftdauer 2009 **78** 363, 2009 **80** 367
- Ausschaffungshaft, Haftverlängerung 2009 **77** 359
- Ausschaffungshaft nach jahrelangem illegalem Aufenthalt in einem anderen Kanton 2008 **76** 387
- Ausschaffungshaft, rechtliche Hindernisse 2009 **80** 367
- Ausschaffungshaft, Untertauchensgefahr 2009 **82** 377, 2009 **83** 378, 2009 **84** 379
- Ausschaffungshaft, Verhältnismässigkeit 2009 **81** 372
- Ausstellen des Ausländerausweises 2009 **90** 389
- 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
- Beweisabnahme 2009 **89** 388
- Beweisofferte 2009 **89** 388
- Bewilligungserteilung 2009 **90** 389
- Dienstleistung 2008 **88** 412
- Disziplinarstrafe 2007 **87** 320
- Domizil des Arbeitgebers und Grenzgänerbewilligung 2008 **89** 413
- Drogenabhängigkeit eines Häftlings 2008 **80** 397
- Dublin-Verfahren 2009 **80** 367, 2009 **81** 372, 2009 **82** 377
- Dublin-Verfahren, Vollzug 2009 **78** 363
- 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, 2009 **85** 383
- Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen 2007 **96** 338
- erwerbslose Wohnsitznahme 2007 **96** 338
- Erwerbslose Wohnsitznahme, Unterstützung durch Dritte 2009 **85** 383
- 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
- Finanzielle Entwicklung 2009 **85** 383
- Grenzgängerbewilligung und Domizil des Arbeitgebers 2008 **89** 413
- Härtefall 2007 **96** 338, 2007 **98** 343, 2008 **92** 426, 2008 **93** 428, 2009 **86** 384
- 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, 2009 **78** 363
- 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
- Kurzfristige Festhaltung 2009 **79** 366
- Längerfristige Freiheitsstrafe 2009 **87** 387
- 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
- Mündliche Verhandlung bei Haftverlängerung 2009 **77** 359
- Nichteintretensentscheid als Haftgrund 2008 **77** 389
- Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung 2007 **98** 343
- Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Familiengemeinschaft 2009 **86** 384
- Passherausgabe 2009 **81** 372
- 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
- Rechtliches Gehör 2009 **89** 388
- Rechtsverweigerung 2009 **90** 389
- Reisepapiere 2008 **78** 390
- Rückführung in einen Dublin-Staat 2009 **81** 372
- Sanktionierung eines Meldepflichtverstosses 2008 **86** 405
- Selbständige Ausreise 2009 **81** 372
- Subsidiarität der Durchsetzungshaft 2007 **90** 322
- Telefonverkehr während der Haft 2008 **81** 399
- Tolerierter Aufenthalt 2009 **91** 395
- Untersuchungsmaxime 2009 **89** 388
- Untertauchensgefahr 2009 **84** 379

- Untertauchungsgefahr bei illegalem Aufenthalt 2009 **84** 379
- vegetarische Kost in der Haft 2008 **84** 401
- Verfahren 2009 **91** 395
- Verfahren, Verfahrensbeginn bei von Amtes wegen eingeleiteten Verfahren 2009 **88** 387
- Verfahrensbeginn 2009 **88** 387
- Verfristung 2009 **80** 367
- Verhältnismässigkeit der Engrenzung 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
- Wegweisung 2009 **92** 405
- Wegweisungsentscheid, Eröffnen in Amtssprache 2007 **80** 313
- Wichtige persönliche Gründe i.S. von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG 2009 **86** 384
- Widerruf der Niederlassungsbewilligung 2008 **90** 420, 2009 **87** 387
- Widerrufsgrund 2009 **87** 387
- Zelleinschluss aus betrieblichen Gründen 2008 **83** 401
- Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung 2007 **92** 327
- Zulässigkeit einer Schrankdurchsuchung 2007 **92** 327
- Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG 2009 **91** 395
- Zumutbarkeit der Rückkehr 2007 **93** 331, 2007 **94** 333, 2007 **95** 337
- Zusicherung einer Aufenthaltsbewilligung 2009 **90** 389
- Zuständigkeit des Kantons Aargau für die Anordnung einer Ausschaffungshaft 2008 **76** 387

Fristerstreckung

- Fristerstreckungsgesuch 2009 **71** 322
- gilt nur für diejenige Partei, die darum nachsucht und einen zureichenden Grund nachweist 2007 **52** 220

Fristwiederherstellung

- Bei einer vordatierten Sendung 2009 **53** 283

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

- Verkehrstechnische Dimensionierung der Erschliessungsstrasse steht nicht im freien Ermessen der Gemeinde 2009 **32** 156
- s. Sozialhilfe

Gemeinderatswahlen

- Die Abgabe von Propagandamaterial ist bei kommunalen Majorzwahlen unzulässig 2009 **105** 485

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
- Übernahme von Transportkosten für den auswärtigen Schulbesuch auf freiwilliger Basis 2009 **106** 489

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

gestaffelte Bauweise

- 2009 **31** 153

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

Gesundheitsrecht

- Entbindung vom Arztgeheimnis 2009 **47** 253
- Verhältnis zu den gesetzlichen Meldepflichten 2009 **47** 253

Gewässernutzung

- s. Sonderfall

Gewinnsteuer

- Abweichen der Steuer- von der Handelsbilanz bei der Auflösung von nicht mehr geschäftsmässig begründeten Rückstellungen auf Beteiligungen 2009 **73** 327
- Anforderungen an Nachweis von ins Ausland bezahlte Vermittlungsprovisionen 2009 **72** 325
- Bürgerschaftskommission 2009 **69** 316

Gewinnungskosten

- Abschreibung auf Klavier 2008 **63** 331
- Anforderungen an den Nachweis 2008 **18** 78
- bei Verwaltungsratsmandat 2008 **61** 328
- Bürgerschaftskommission 2009 **69** 316
- Einschlag beim Verkauf von WIR-Guthaben 2007 **61** 239
- Geschäftsanteil an den Mietkosten der privaten Wohnung 2009 **64** 308
- 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
- Prämie der Krankentaggeldversicherung für die mitarbeitende Ehefrau 2009 **63** 306
- Rückstellungen für Grossreparaturen 2009 **65** 311

- Umzugskosten 2009 **61** 303
- s. Ausbildungskosten
- s. Berufskosten
- s. Verluste
- s. Weiterbildungskosten

Glasziegel

- s. Dachflächenveränderung

Gleichbehandlungsgebot

- s. Anschlussgebühr

Grenzabstand

- Anwendbarkeit von Grenzabständen auf Antennen 2007 **114** 424

Grenzgängerbewilligung

- s. Fremdenpolizeirecht

Grundbuchrecht

- Anspruch auf Grundbucheintrag trotz fehlender Ausscheidung für unselbstständigen Miteigentumsanteil 2009 **46** 243
- Ausweis über das Verfügungsrecht als Voraussetzung für einen Eintrag in das Grundbuch 2009 **46** 243

Grundstückgewinnsteuer

- Ersatzbeschaffung: Verkauf einer Liegenschaft und Kauf eines hälftigen Anteils an einer Liegenschaft 2008 **68** 344
- Teilveräußerung eines Grundstückes 2007 **66** 261
- Was gilt als nicht mehr nutzbares Abbruchobjekt 2009 **70** 317

Grundstückschätzung

- Erwerb im Konkursverfahren 2007 **69** 272

Güterregulierung

- Erschliessung einer Parzelle allenfalls über Gebiete ausserhalb des Perimeters, wenn perimeter-übergreifende Überlegungen zur Ausscheidung der Parzelle geführt haben 2009 **75** 349
- Keine Begründung einer Dienstbarkeit bei parzelleninterner Erschliessungsmöglichkeit 2009 **75** 349

H**Haftbedingungen**

- s. Fremdenpolizeirecht

Haftgrund

- s. Fremdenpolizeirecht

Härtefall

- s. Fremdenpolizeirecht

Hausdurchsuchung

- s. Fremdenpolizeirecht

Haushaltsschaden

- 2008 **60** 319

Hinterlassenleistungen

- berufliche Vorsorge 2009 **17** 81

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

IV-Leistungsanspruch

- 2009 **12** 67

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

Klageänderung

- Beim während eines hängigen Prozesses erklärten Wechsel von einem Mängelrecht aus Werkvertrag zu einem anderen handelt es sich um die Ausübung eines Angriffs- bzw. Verteidigungsmittels im Sinne des Novenrechts 2009 **4** 33

Kognition

- des Bezirksamts im Zusammenhang mit der Kürzung von Sozialhilfe 2008 **45** 262
- des Verwaltungsgerichts in Normenkontrollverfahren 2007 **57** 231

Konkubinat

- Anspruch auf BVG-Hinterlassenleistungen 2009 **17** 81

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

- Grundsätze für die Kostenverlegung in Steuerverfahren 2009 **53** 283
- Nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens betreffend vorsorglicher Sicherungszug des Führerausweises 2009 **22** 95, 2009 **52** 280
- Partekostenverlegung gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei teilweisem Obsiegen im Verfahren betreffend Warnungszug 2009 **23** 95, 2009 **51** 278
- wenn wesentliche Vorbringen erst im Beschwerdeverfahren statt vor Erlass der Verfügung erfolgen 2007 **49** 214
- s. Personalrecht

Krankentaggeld nach VVG

- Krankheitsbegriff 2009 **21** 91
- Ursache einer Krankheit 2009 **21** 91

Krankentaggeldversicherung

- nach VVG, Verfahren 2009 **19** 89

Krankheit

- Begriff 2009 **21** 91

Krankheitskosten

- Abzugsfähigkeit von nicht ärztlich verordneten Medikamenten und Heilmitteln 2009 **68** 316
- Transportkosten 2007 **62** 242

Kreisschreiben des BSV

- Verbindlichkeit 2009 **12** 67

Kündigung

- s. Personalrecht

L**Landwirtschaftsrecht**

- s. Bäuerliches Bodenrecht
- s. Direktzahlungen
- s. Güterregulierung
- s. Vertrag, öffentlichrechtlicher

Lärmimmissionen

- s. Lärmschutz

Lärmschutz

- Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Lärmimmissionen im Zusammenhang mit einem in der Altstadt gelegenen Kulturlokal 2009 **104** 460

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

- anschaffungsnahen Aufwendungen (Dumont-Praxis) 2008 **66** 338
- Verglasung eines beheizbaren Balkons 2008 **65** 334

Liquidationsgewinnsteuer

- Kapitalgewinn bei alters- oder gesundheitsbedingter Geschäftsaufgabe 2007 **64** 253

Lohn

- s. Besoldung

M**Materialabbau**

- s. Legitimation

Medizinische Unterlagen

- 2009 **12** 67

Meldepflicht

- s. Fremdenpolizeirecht

Militärversicherung

- Anspruch auf Prämienverbilligung 2009 **15** 78

Miteigentum

- s. Grundbuchrecht

Modellfliegerei

- s. Polizeiwesen

N**ne bis in idem**

- 2009 **11** 57

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

Nutzfläche, landwirtschaftliche

- Bejaht trotz Zuweisung zur Reservatszone gemäss Hallwilerseeschutzdekret (Erw. II/3) 2009 **74** 333

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

- Anspruch des Gemeinwesens auf Parteientschädigung nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.200) 2009 **55** 289
- 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
- Grundsätze für die Parteientschädigung in Steuerverfahren 2009 **53** 283
- im Verfahren betreffend Krankentaggeldversicherung nach VVG 2009 **19** 89
- 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
- Ausnahmsweise Zulässigkeit gleichzeitiger Feststellungs- und Leistungsbegehren bei der Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses 2009 **96** 424
- 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
- Die fristlose Entlassung einer dem Gesamtarbeitsvertrag der Fachhochschule Nordwestschweiz unterstehenden Person kann auch "zur Unzeit" rechtsgültig ausgesprochen werden 2009 **95** 420
- 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
- Erhöhter Kündigungsschutz öffentlich-rechtlich Angestellter auch bei Verweis im kommunalen Personalreglement auf die Bestimmungen des Obligationenrechts 2009 **97** 434
- Grundsätzliche Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages; Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen bei unzulässigem Aufhebungsvertrag 2009 **94** 419
- 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
- Kein Anspruch auf Umwandlung eines befristeten in einen unbefristeten Anstellungsvertrag während der Laufdauer des befristeten Vertrages 2009 **96** 424
- Keine vorsorgliche Lohnfortzahlungspflicht bei einer Kündigung 2009 **95** 420
- 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 unrechtmässig bei Anbieten einer weniger anforderungsreichen Stelle wegen mangelhafter Leistung ohne Ansetzen einer Bewährungsfrist 2009 **98** 435
- 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 Gleitzeit-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
- Übergangsrechtliche Regelung der Fünfjahresfrist gemäss § 3 Abs. 2 GAL bzgl. der Umwandlung befristeter in unbefristete Anstellungsverhältnisse 2009 **96** 424
- s. Arbeitszeugnis
- s. Besoldung

persönliche Freiheit

- s. Zwangsmassnahmen
- s. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

Pflegkind

- s. Fremdenpolizeirecht

Planungszone

- Für die Beantwortung der Frage, ob eine Planungszone, welche erst nach Einreichung des Baugesuchs bzw. erst im Rechtsmittelverfahren erlassen wird, auch für das hängige Bauvorhaben wirksam ist, ist es notwendig, die privaten Interessen des Bauherrn an der Baurealisierung und die öffentlichen Interessen an der Planänderung gegeneinander abzuwägen. Dabei kommt den privaten Interessen im Rahmen der Interessenabwägung ein erhöhtes Gewicht zu 2009 **103** 453

Polizeiwesen

- Anordnung einer Wegweisung und Fernhaltung nach § 34 Abs. 1 PolG 2009 **107** 494
- Unzulässigkeit eines generellen Verbotes der Modellfliegerei; die Modellfliegerei kann aber im Polizeireglement einer Bewilligungspflicht unterstellt werden 2008 **107** 494

Prämienverbilligung

- für bei der Militärversicherung Versicherte 2009 **15** 78
- massgebende letzte Steuerveranlagung 2008 **13** 54
- Veränderung der Einkommensverhältnisse 2009 **16** 79

Präponderanzmethode

- Unzulässigkeit der Aufrechnung eines Privatanteils bei Abschreibungen im Geltungsbereich der Präponderanzmethode 2009 **26** 123

Privatstrassen

- Das öffentliche Recht regelt die Beschaffenheit von Privatstrassen nicht 2009 **100** 447

R**Rechtliches Gehör**

- Anspruch auf Beweisabnahme 2008 **59** 312
- der Kindsmutter in einem Prozess betreffend Kinderunterhalt 2009 **3** 28
- 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. Fremdenpolizeirecht
- s. Personalrecht

Rechtsmittel

- 2009 **10** 53
- Rechtsmittelweg gegen ablehnende Bürgerrechtsentscheide der Gemeindeversammlung 2009 **48** 261

- s. Einbürgerung (ordentliche)

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

Rechtspflege unentgeltliche

- 2009 5 35

Rechtsverweigerung

- Rechtsverweigerungsbeschwerde kann nur erheben, wer vorher eine entsprechende Verfügung verlangt hat 2008 101 478
- s. Fremdenpolizeirecht

Rechtsweggarantie

- Im Anwendungsbereich des SubmD kein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte auch unter Geltung der Rechtsweggarantie 2009 37 197

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

Revision

- eines IV-Rentenentscheides 2009 13 71
- eines Urteils des Versicherungsgerichts 2009 14 73

Rückforderung

- von IV-Leistungen 2009 13 71

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

Sonderfall

- Für die Beantwortung der Frage, ob ein Sonderfall gemäss § 17 WnD vorliegt, ist abzuklären, ob die der erhobenen Gebühr zugrunde liegende Nutzung aus objektiven Gründen nur während eines Bruchteils des Jahres stattfinden kann 2009 **102** 451

Sondernutzungsplanung

- Anfechtungsmöglichkeit der Weigerung des zuständigen Gemeindeorgans, einen Sondernutzungsplan zu erlassen 2007 **117** 445
- Bedeutung der Sockellinie 2009 **32** 156
- Verkehrstechnische Dimensionierung der Erschliessungsstrasse steht nicht im freien Ermessen der Gemeinde 2009 **32** 156
- 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

- Alimentenbevorschussung: fehlende Beschwerdelegitimation des Unterhaltsschuldners 2009 **56** 291
- Anrechnung von Unterhaltsbeiträgen als eigene Mittel 2008 **43** 256
- Anwendbarkeit der Mietzins-Richtlinien für Junge Erwachsene 2009 **45** 236
- Auslandsaufenthalt (Ferien) eines Sozialhilfeempfängers 2008 **37** 225
- Befristung der Sozialhilfe als Ausfluss des Bedarfsdeckungsprinzips 2009 **43** 227
- 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
- Darlehen sind grundsätzlich als eigene Mittel anzurechnen 2009 **44** 232
- Fehlende Zuständigkeit des Kantonalen Sozialdienstes 2009 **45** 236
- Gemeindeautonomie im Zusammenhang mit Kürzungen 2008 **45** 262
- Grundbedarf und Eigenverantwortung 2009 **44** 232
- Kantonsbeitrag an die Kosten der materiellen Hilfe 2007 **46** 195
- Keine Rückweisung, wenn eine Anordnung für die Zukunft neu verfügt werden muss 2009 **45** 236
- Kürzung bei gebundenen Auslagen (Grenze) 2008 **46** 265
- Meldepflicht: Mitteilung eines Ferien-/Auslandsaufenthalts 2008 **37** 225
- Sozialhilferechtliche Stellung anerkannter Flüchtlinge 2009 **45** 236
- 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
- Voraussetzungen der Anrechnung eigener Mittel ist die Verfügbarkeit 2009 **42** 223
- Wiedererwägung 2009 **42** 223
- s. Auflagen und Weisungen
- s. Parteientschädigung
- s. unentgeltliche Rechtsverbeiständung

- s. Unterstützungswohnsitz

Sportanlage

- Beurteilungsmethoden 2008 **23** 109
- Lärmprognose 2008 **23** 109
- Umweltverträglichkeit 2008 **23** 109

Staffelung

- 2009 **31** 153

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. Kostenverlegung
- s. Parteientschädigung
- 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

Steuerungumgehung

- Verkauf einer Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung acht Tage vor dem Verfall an die Bank stellt vorliegend eine Steuerungumgehung dar 2008 **20** 89

Straf- und Massnahmenvollzug

- Der Verurteilte wird in angemessener Weise an den Kosten des Vollzugs beteiligt, wenn er grundlos eine ihm zugewiesene Arbeit verweigert 2009 **24** 97
- Fachkommission zur Überprüfung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern und Straftäterinnen im Freiheitszug. Zusammensetzung und Verfahren vor der Fachkommission 2008 **16** 67
- Im Straf- und Massnahmenvollzug besteht auch nach Erreichen des ordentlichen Pensionsalters eine Arbeitspflicht; dies gilt auch für verwahrte Täter 2009 **24** 97
- s. Ausstand
- s. bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug

Strassenreklame

- Baubewilligungspflicht von Strassenreklamen 2007 **118** 448

- Der Regierungsrat darf eine Baubewilligung für Strassenreklamen im Bereich von Nationalstrassen 1. und 2. Klasse nur erteilen beziehungsweise eine Beschwerde auf Erteilung der Baubewilligung nur gutheissen, falls die bundesrechtlich verlangte Genehmigung des zuständigen Bundesamts vorliegt 2009 **101** 449
- 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

- Entzug Führerausweis; vorsorglicher Sicherungszug; Verfahrens- und Parteikostenverlegung nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens betreffend vorsorglicher Sicherungszug des Führerausweises 2009 **22** 95, 2009 **52** 280
- Entzug Führerausweis; Warnungszug; Parteikostenverlegung gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 4. Dezember 2007 bei teilweisem Obsiegen 2009 **23** 95, 2009 **51** 278
- 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
- Arbeitsgemeinschaften 2009 **38** 200
- 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
- freihändige Vergabe; aufgrund technischer Besonderheiten 2009 **39** 207

- 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
- Partei- und Vertretungskosten im Schadenersatzverfahren 2009 **40** 210
- Preisbewertung 2007 **38** 157
- Rechtsschutz: Im Anwendungsbereich des SubmD kein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte auch unter Geltung der Rechtsweggarantie 2009 **37** 197
- Rechtsschutz: Kein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte seit der Revision des Submissionsdekrets vom 18. Oktober 2005 2007 **37** 153
- Subkriterien 2009 **38** 200
- Teilkriterien 2009 **38** 200
- 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; Anforderung, dass das Produkt bzw. die Anlage "aus der gleichen Firma" stammen muss 2009 **38** 200
- Zuschlagskriterien; "Anteil Wertschöpfung in der Schweiz" 2009 **38** 200
- Zuschlagskriterien; "gerechte Abwechslung und Verteilung" 2008 **31** 179
- Zuschlagskriterien; Unterteilung in Sub- oder Teilkriterien 2009 **38** 200
- Zuständigkeit gemäss § 38 SubmD 2009 **40** 210

Subsidiarität

- s. Fremdenpolizeirecht

Subvention

- s. Verjährung

T**Teilentscheid**

- s. Vorentscheid

Teilung der Freizügigkeitsleistungen nach Ehescheidung

- WEF-Vorbezug 2009 **20** 90

terrassierte Bauweise

- 2009 **31** 153

Traktandenliste

- s. Gemeindeversammlung

Treppen

- s. Fluchtweg

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

Übergangsrecht

- s. Personalrecht

Überspitzter Formalismus

- s. Unterschrift

Umweltrecht

- s. Lärmschutz

Umweltschutz

- s. Lärmschutz

Unabhängigkeit

- s. Anwaltskommission
- s. Anwaltskommission, Registereintrag

Unentgeltliche Rechtspflege

- 2009 **5** 35

Unentgeltliche Rechtsverteidigung

- 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

Unterhalt im Präliminarverfahren

- 2009 **1** 25

Unterhaltsklage

- Gehörsverletzung, wenn das mit der Unmündigenunterhaltsklage befasste Gericht sich mit der schlichten Genehmigung eines zwischen dem Beistand und dem Vater des Kindes geschlossenen Unterhaltsvereinbarung begnügt, ohne die Kindsmutter angehört zu haben 2009 **3** 28

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

Untersuchungsmaxime

- s. Fremdenpolizeirecht

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

Urteil

- Ergänzung nach Rechtskraft 2009 **10** 53

V**Veranlagungsverfahren**

- s. Feststellungsverfügung

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

- Auf Steuerverfahren findet Art. 6 EMRK keine Anwendung 2009 **54** 289
- Mündliche Verhandlung 2009 **54** 289
- s. Fremdenpolizeirecht
- s. Personalrecht

Verfahrensbeteiligung

- im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren 2007 **52** 220

Verfahrenskosten

- 2009 **10** 53
- 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

Verfristung

- s. Fremdenpolizeirecht

Verfügung

- s. Personalrecht

Verhältnismässigkeit

- s. Fremdenpolizeirecht
- s. fürsorgliche Freiheitsentziehung
- s. Zwangsmassnahmen
- s. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

Verjährung

- Nach Subventionsgesetz: analoge Anwendung von Art. 67 OR bzgl. Beginn der relativen Verjährungsfrist 2009 **74** 333
- öffentlich-rechtlicher Ansprüche 2009 **57** 295

Verkehrswert

- 2007 **69** 272

Verluste

- Verlust bei der Übertragung eines Landwirtschaftbetriebes an einen Nachkommen 2008 **64** 331
- Verlustvortrag 2009 **66** 312

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

Vollstreckung

- Keine provisorische Rechtsöffnung bei öffentlich-rechtlichen Forderungen 2009 **58** 296

Voranfrage

- Abgrenzung der Auskunft i.S.v. § 28 ABauV zum Vorentscheid 2007 **30** 105
- Befangenheit der Baukommission 2009 **35** 181
- 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
- Zulässigkeit 2009 **35** 181

Vorbefassung

- Befangenheit wegen Vorbefassung 2008 **3** 29
- s. Voranfrage

Vorbereitung der Heirat

- s. Fremdenpolizeirecht

Vordatierte Sendung

- s. Fristwiederherstellung

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

Vorsorgeprinzip

- Weitere betriebliche Massnahmen gestützt auf das Vorsorgeprinzip nach Art. 11 Abs. 2 USG für ein in der Altstadt gelegenes Kulturlokal zum Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Immissionen 2009 **104** 460

Vorsorgliche Massnahme

- s. Personalrecht

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

Wegweisung

- s. Fremdenpolizeirecht
- s. Polizeiwesen

Wegweisungsentscheid

- s. Fremdenpolizeirecht

Weiterbildungskosten

- Kosten für eine Haushaltshilfe 2009 **62** 306
- 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

Widerruf der Niederlassungsbewilligung

- s. Fremdenpolizeirecht

Wiederherstellung der Frist

- Voraussetzungen 2007 **48** 211

Z**Zonenkonformität**

- Einkaufsanlage in Industriezone 2009 **34** 176
- Tankstellenshop in der Dorfzone 2009 **36** 182

Zumutbarkeit der Rückkehr

- s. Fremdenpolizeirecht

Zuständigkeit

- Bei der Überprüfung von Baubewilligungen für Strassenreklamen im Bereich von Nationalstrassen 1. und 2. Klasse ist der Regierungsrat an die Beurteilung durch das zuständige Bundesamt gebunden 2009 **101** 449
- Rechtsmittelweg gegen ablehnende Bürgerrechtsentscheide der Gemeindeversammlung 2009 **48** 261
- s. Anwaltskommission
- s. Einbürgerung (ordentliche)
- 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
- Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen gemäss § 241a Abs. 2 lit. a StPO im Vergleich zu lit. b (vgl. auch AGVE 2008, S. 207 ff.) 2009 **41** 221

Zwangsmedikation

- s. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

Zwangsvollstreckungsverfahren

- s. Stromgebühren

Zwischenentscheid

- Voraussetzungen für eine selbständige Anfechtbarkeit verfahrensleitender Zwischenentscheide 2008 **53** 301

Gesetzesregister 2007-2009

2001 **15** 68 (2001 = Jahr / 15 = Entscheidungsnummer / 68 = Seitenzahl)

Gesetzesregister 2007 - 2009

Bundeserlasse

- 0.101** *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950*
- Art. 6 - 2009 **54** 289
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
- 0.101.07** *Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22. November 1984*
- Art. 4 - 2009 **11** 57
- 0.103.2** *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966*
- Art. 14 **Abs. 7**
 - 2009 **11** 57
- 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 **86** 405
- 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

0.142.392.68 *Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26. Oktober 2004 (DAA)*

- Art. 1 - Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin-II Verordnung) 2009 **80** 367
- Art. 10 **Abs. 1**
- 2009 **80** 367
- Art. 16 **Abs. 1**
- 2009 **80** 367

- Art. 17 **Abs. 1**
- 2009 **80** 367
Abs. 2
- 2009 **80** 367
- Art. 18 **Abs. 7**
- 2009 **80** 367
- Art. 19 **Abs. 2**
- 2009 **80** 367
Abs. 3
- 2009 **80** 367
- Art. 20 **Abs. 1**
- 2009 **80** 367
Abs. 2
- 2009 **80** 367

101 *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999*

- Art. 5 - 2009 **43** 227
Abs. 2
- 2007 **33** 134
- 2008 **29** 172
- 2009 **97** 434
Abs. 3
- 2007 **108** 393
- 2008 **25** 151
- Art. 8 **Abs. 1**
- 2007 **77** 300
- 2009 **18** 84
- 2009 **99** 439
- Art. 9 - 2007 **33** 134
- 2008 **29** 172
- 2008 **51** 295
- 2009 **11** 57
- 2009 **97** 434
- 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. 29a - 2009 **48** 261

- Art. 30 - 2009 37 197
Abs. 1
- 2007 30 105
- 2009 6 36
- Art. 36 - 2009 43 227
Abs. 1
- 2007 31 117
- Art. 50 **Abs. 1**
- 2008 45 262
- Art. 51 **Abs. 1**
- 2007 31 117
- Art. 91 - 2009 18 84
- Art. 104 **Abs. 1**
- 2008 72 355
- Art. 119 **Abs. 2 lit. g**
- 2007 2 25

141.0 *Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz, [BüG]) vom 29. September 1952 (Stand 1. Januar 2009)*

- Art. 50 - 2009 48 261
- Art. 51 - 2009 48 261

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. 10 **Abs. 2**
- 2009 **90** 389
- Art. 17 **Abs. 1**
- 2009 **91** 395
Abs. 2
- 2009 **91** 395
- Art. 41 **Abs. 1**
- 2009 **90** 389
- Art. 50 **Abs. 1 lit. b**
- 2009 **86** 384
Abs. 2
- 2009 **86** 384
- Art. 62 **Abs. 1 lit. b**
- 2009 **87** 387
- Art. 63 **Abs. 1 lit. a**
- 2009 **87** 387
- Art. 66 **Abs. 2**
- 2009 **92** 405
- Art. 69 **Abs. 1 lit. a**
- 2009 **81** 372
Abs. 2
- 2009 **81** 372
- Art. 73 - 2009 **79** 366
- Art. 76 - 2009 **79** 366
Abs. 1 lit. b Ziff. 2
- 2008 **77** 389
Abs. 1 lit. b Ziff. 3
- 2009 **82** 377
- 2009 **83** 378
- 2009 **84** 379
Abs. 3
- 2009 **77** 359

- Art. 80 **Abs. 4**
- 2008 **78** 390
Abs. 6 lit. a
- 2008 **79** 393
- 2009 **80** 367
- Art. 81 **Abs. 2**
- 2008 **81** 399
- 2008 **82** 400
- 2008 **83** 401
- Art. 126 **Abs. 1**
- 2009 **88** 387
- 142.201** *Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24. Oktober 2007*
- Art. 6 **Abs. 1**
- 2009 **91** 395
- Art. 10 **Abs. 1**
- 2009 **90** 389
- Art. 11 **Abs. 1**
- 2008 **90** 420
- Art. 71 - 2009 **90** 389
- Art. 72 - 2009 **90** 389
- 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** ***Bundspersonalgesetz (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. 83 - 2009 **48** 261
Art. 86 - 2009 **37** 197
Abs. 3
- 2009 **48** 261
Art. 89 **Abs. 1**
- 2007 **72** 286
Art. 113 - 2009 **48** 261
Art. 114 - 2009 **37** 197
- 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
- 2009 **74** 333
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. 137 - 2009 **1** 25

- Art. 141 - 2007 **15** 64
Art. 142 - 2009 **20** 90
Abs. 2
- 2007 **14** 61
- Art. 148 **Abs. 2**
- 2007 **14** 61
- Art. 176 - 2009 **2** 28
Art. 279 - 2009 **3** 28
Art. 287 **Abs. 3**
- 2009 **3** 28
- 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
- Art. 570 - 2007 **1** 23
Art. 602 **Abs. 1**
- 2007 **73** 289
Abs. 2
- 2007 **76** 299
- Art. 963 **Abs. 1**
- 2009 **46** 243
- Art. 965 **Abs. 1**
- 2009 **46** 243

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

211.432.1 *Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (GBV)*

- Art. 33 - 2009 46 243

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. 67 - 2009 74 333
Art. 97 **Abs. 1**
- 2008 73 363
Art. 119 **Abs. 2**
- 2008 73 363
Art. 163 **Abs. 2**
- 2008 73 363
Art. 305 ff. - 2009 74 333
Art. 321c **Abs. 1**
- 2007 106 376
Art. 324a - 2009 94 419
Art. 328 - 2009 98 435
Art. 330a - 2009 93 411
Art. 334 ff. - 2009 97 434
Art. 336a **Abs. 1**
- 2009 96 424
Art. 337c - 2009 94 419
Art. 337d-344 - 2007 103 364
Art. 343 **Abs. 3**
- 2008 94 433

- Art. 364 **Abs. 3**
- 2009 74 333
- 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 1889 (Fassung vom 16. Dezember 1994)
- Art. 38 - 2007 17 71
- Abs. 1**
- 2009 95 420
- Art. 68 - 2009 5 35
- Art. 79 - 2009 58 296
- 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
Klagepartei, 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
- Art. 64a - 2009 24 97
- Art. 64b - 2009 24 97
- Art. 75 **Abs. 1**
- 2009 24 97

- Art. 81 **Abs. 1**
- 2009 24 97
- Art. 83 **Abs. 1**
- 2009 24 97
Abs. 2
- 2009 24 97
- Art. 86 **Abs. 1**
- 2009 25 107
Abs. 2
- 2009 25 107
- Art. 90 **Abs. 3**
- 2009 24 97
- Art. 321 - 2009 47 253
- Art. 380 **Abs. 2 lit. b**
- 2009 24 97
- 312.5** *Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten
(Opferhilfegesetz; OHG) vom 4. Oktober 1991*
- Art. 37 **Abs. 1 lit. b**
- 2009 11 57
- 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

616.1 *Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990*

- Art. 28 **Abs. 3**
- 2009 74 333
- Art. 30 **Abs. 2 lit. b**
- 2009 74 333
- Art. 32 **Abs. 2**
- 2009 74 333

642.11 *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990*

- Art. 58 **Abs. 1 lit. b**
- 2009 72 325
- Art. 62 **Abs. 4**
- 2009 73 327

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. 15 - 2009 33 169
- Art. 19 - 2008 27 166
- 2009 32 156
- Art. 22 **Abs. 2 lit. a**
- 2009 36 182
- Art. 24c **Abs. 1**
- 2008 100 471
- Art. 27 - 2009 103 453
- 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 - Für das Anbringen von Strassenreklamen im Bereich von Nationalstrassen 1. und 2. Klasse ist eine Genehmigung durch die zuständige Bundesbehörde erforderlich 2009 **101** 449
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

- 812.121** *Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (BetmG)*
- Art. 15 - 2009 47 253
- 814.01** *Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG) vom 7. Oktober 1983*
- Art. 1 **Abs. 2**
- 2009 36 182
- Art. 7 **Abs. 6**
- 2007 115 437
- Art. 11 **Abs. 2**
- Weitere betriebliche Massnahmen gestützt auf das Vorsorgeprinzip nach Art. 11 Abs. 2 USG für ein in der Altstadt gelegenes Kulturlokal zum Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Immissionen 2009 104 460
- Abs. 3**
- Sonnenreflexionen von Dachziegeln 2007 109 399
- Art. 11 ff. - 2009 36 182
- Art. 13 **Abs. 2**
- 2009 104 460
- Art. 15 - 2008 23 109
- Anwendbarkeit der "Vollzugshilfe der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute ("Cercle Bruit") vom 10. März 1999 (mit Änderung vom 30. März 2007) zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung im Zusammenhang mit dem Betrieb öffentlicher Lokale" auf ein in der Altstadt gelegenes Kulturlokal 2009 104 460
- Art. 23 - 2009 36 182
- Art. 25 **Abs. 2**
- Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Immissionen im Zusammenhang mit einem in der Altstadt gelegenen Kulturlokal 2009 104 460
- Art. 31b **Abs. 1**
- 2007 115 437
- Art. 31c **Abs. 1**
- 2007 115 437
- Art. 32 **Abs. 1**
- 2007 115 437
- Art. 65 **Abs. 2**
- 2009 36 182
- 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. 7 **Abs. 2**
- Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Immissionen im Zusammenhang mit einem in der Altstadt gelegenen Kulturlokal
2009 104 460

Art. 7 f. - 2009 36 182

Art. 12 - 2009 104 460

Art. 36 **Abs. 1**
- 2009 104 460

Art. 36 ff. - 2009 36 182

Art. 40 **Abs. 3**
- Anwendbarkeit der "Vollzugshilfe der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute ("Cercle Bruit") vom 10. März 1999 (mit Änderung vom 30. März 2007) zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung im Zusammenhang mit dem Betrieb öffentlicher Lokale" auf ein in der Altstadt gelegenes Kulturlokal 2009 104 460

Art. 40 ff. - 2009 36 182

Art. 43 **Abs. 1 lit. c**
- 2009 36 182

Art. 47 **Abs. 1**
- Anwendbarer Lärmgrenzwert bei Erneuerung einer Heizung
2008 103 485

Anhang 6 - 2009 36 182

822.114 *Verordnung 4 zum Arbeitsgesetz (ArGV 4) (Industrielle Betriebe, Plangenehmigung und Betriebsbewilligung) vom 18. August 1993*

Art. 7 **Abs. 1**
- 2009 108 501

Art. 8 **Abs. 1**
- 2009 108 501

Abs. 2
- 2009 108 501

Abs. 3
- 2009 108 501

Abs. 4
- 2009 108 501

Abs. 5
- 2009 108 501

- 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. 34 **lit. e**
- 2009 **85** 383
- Art. 36 - 2007 **97** 341
- 830.1** ***Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000***
- Art. 25 - 2009 **13** 71
Art. 50 - 2007 **15** 64
Art. 53 **Abs. 2**
- 2009 **13** 71
Art. 61 **lit. i**
- 2009 **14** 73
- 831.20** ***Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959***
- Art. 8 - 2009 **12** 67
Art. 13 - 2009 **12** 67
- 831.40** ***Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982***
- Art. 6 - 2007 **13** 59
Art. 13 - 2007 **13** 59
- 2009 **18** 84
Art. 16 - 2007 **13** 59
Art. 19 - 2009 **17** 81
Art. 30c **Abs. 6**
- 2009 **20** 90
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. 2^{bis}**
- (Fassung vom 9. März 1999) 2007 **24** 86
Art. 13 - 2007 **24** 86
Art. 22 - 2007 **14** 61
- 2007 **15** 64
- 2008 **11** 51

- Abs. 2**
- 2009 20 90
Art. 25 - 2008 12 52
Art. 25a - 2007 14 61
- 2007 15 64
- 2009 20 90
- 832.10** *Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994*
- Art. 12 - 2009 15 78
Art. 65 **Abs. 1**
- 2009 15 78
- 833.1** *Bundesgesetz über die Militärversicherung (MVG) vom 19. Juni 1992*
- Art. 2 - 2009 15 78
- 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 (Landwirtschaftsgesetz, 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 Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV) vom 7. Dezember 1998*
- Art. 2 **Abs. 1**
 - 2008 72 355
 - 2009 74 333
- Art. 4 **Abs. 1**
 - 2008 72 355
 - 2009 74 333
- Art. 5
Art. 47 **Abs. 1**
 - 2009 74 333
 Abs. 2
 - 2009 74 333
 Abs. 3
 - 2009 74 333
- Art. 70 - 2009 74 333
 Abs. 1 lit. d
 - 2007 70 277
- 910.91** *Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen (Landwirtschaftliche Begriffsverordnung, LBV) vom 7. Dezember 1998*
- Art. 2 - 2009 74 333
- Art. 14 **Abs. 1 lit. c**
 - 2009 74 333
 Abs. 2
 - 2009 74 333
- Art. 16 **Abs. 1 lit. a**
 - 2009 74 333
- Art. 21 - 2009 74 333
- 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. c**
 - 2009 7 39

- Art. 12 **Abs. 1 lit. d**
- 2007 **9** 46
- 2009 **7** 39
lit. a
- 2007 **8** 44
- 2007 **11** 53
- 2008 **50** 287
- 2008 **8** 40
- 2009 **8** 51
lit. b
- 2008 **49** 275
- 2009 **7** 39
lit. c
- 2007 **10** 49
- 2008 **49** 275
- 2008 **9** 44
lit. e
- 2008 **49** 275
lit. f
- 2009 **7** 39
lit. i
- 2007 **11** 53
Art. 13 - 2008 **10** 45
- 2009 **7** 39
- 2009 **9** 51
Art. 14 - 2008 **49** 275
Art. 16 - 2008 **49** 275
Art. 17 - 2008 **50** 287

961.01 *Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004*

- Art. 85 **Abs. 3**
- 2009 **19** 89

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
- § 96 **Abs. 1**
 - 2009 **99** 439
- § 99 **Abs. 3**
 - 2008 **22** 103
- § 106 - 2009 **34** 176
 - 2009 **36** 182
 Abs. 1
 - 2008 **26** 153
- 121.100** *Gesetz über das Kantons- und Gemeindebürgerrecht
(KBüG) vom 22. Dezember 1992*
- § 11 - 2009 **48** 261
- § 13 - 2009 **48** 261
- § 16 **Abs. 1**
 - 2009 **48** 261
- 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
- 122.600** **Einführungsgesetz zum Ausländerrecht (EGAR) vom
25. November 2008**
- § 11 - 2009 **79** 366
§ 13 - 2009 **78** 363
§ 27 **Abs. 2**
 - 2009 **78** 363
- 131.100** **Gesetz über die politischen Rechte (GPR) vom 10. März
1992**
- § 16 **Abs. 4**
 - Gemeinderatswahlen 2009 **105** 485
- 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
 - 2008 **34** 196
- § 8 **Abs. 2**
 - 2007 **37** 153
 Abs. 3 lit. d
 - 2009 **39** 207
- § 11 **Abs. 3**
 - 2009 **38** 200
- § 16 - 2007 **38** 157
- § 17 - 2008 **30** 173
- § 18 **Abs. 2**
 - 2008 **31** 179
 - 2009 **38** 200
 Abs. 3
 - 2009 **38** 200
- § 23 - 2008 **33** 191

- § 24 - 2009 37 197
Abs. 2
- 2007 37 153
- § 38 **Abs. 3**
- 2009 40 210
- 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
Abs. 1
- 2009 10 53
- 155.110** *Dekret über die Organisation des Obergerichts, des Handelsgerichts, des Versicherungsgerichts und des Verwaltungsgerichts (Gerichtsorganisationsdekret, GOD)*
- § 33 **Abs. 1 lit. g**
- 2009 10 53
- 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**
 - 2009 **97** 434
 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
 Abs. 3
 - 2009 **99** 439
- § 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
- § 11 **Abs. 1**
- 2009 **99** 439
- § 22 **Abs. 1 lit. e**
- 2007 **107** 386
Abs. 2
- 2009 **99** 439
- 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*

- § 20 **Abs. 2 lit. c**
- 2009 **106** 489
- § 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
- § 50 **Abs. 2**
- 2009 **97** 434
- § 58 **Abs. 1**
- 2007 **120** 465

- § 61 **Abs. 2**
- Referendumsfähigkeit des zustimmenden
 Einwohnerratsbeschlusses 2007 **120** 465
- § 104 **Abs. 1**
- 2008 **96** 449
- § 105 - 2009 **48** 261
- 210.100** ***Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
und Partnerschaftsgesetz (EG ZGB) vom 27. März 1911***
- § 55b - 2009 **47** 253
- § 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
- 220.300** ***Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) vom
27. August 1969***
- Art. 18 - 2009 **6** 36
- Art. 19 - 2009 **6** 36
- Art. 20 - 2009 **6** 36
- 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
- § 125 - 2009 **5** 35
- § 184 - 2009 **4** 33
- § 185 - 2009 **4** 33
- § 302 **Abs. 1 lit. b**
- 2009 **95** 420

- Abs. 3**
 - 2009 **95** 420
 - 2008 **94** 433
- § 317 ff.
 § 321 **Abs. 1**
 - Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren 2007 **5** 34
 - 2009 **14** 73
- § 343 **Abs. 1**
 § 369 - 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
 § 164 **Abs. 1**
 - 2009 **10** 53
 - 2009 **10** 53
- § 169 **Abs. 2**
 § 217 - 2009 **10** 53
 § 241a **Abs. 1 Satz 1**
 - 2008 **36** 207
Abs. 2 lit. a
 - 2008 **36** 207
 - 2009 **41** 221
Abs. 2 lit. b
 - 2008 **36** 207
 - 2009 **41** 221
- § 242 - 2009 **24** 97
- 253.111** *Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Strafvollzugsverordnung, SMV) vom 9. Juli 2003*
- § 58a **Abs. 2**
 - 2009 **24** 97
- § 58b - 2009 **24** 97
 § 59 **Abs. 1**
 - 2008 **16** 67

- § 60 **Abs. 2**
 - 2008 **16** 67
 Abs. 1
 - 2008 **16** 67
 Abs. 2
 - 2008 **16** 67
 Abs. 3
 - 2008 **16** 67
- § 62 **Abs. 3**
 - 2009 **24** 97
- § 66 **Abs. 1**
 - 2009 **24** 97
 Abs. 2
 - 2009 **24** 97
- § 98 - 2009 **24** 97
- § 100 - 2009 **24** 97
- 253.331** *Verordnung über die Organisation der Strafanstalt Lenzburg vom 21. Januar 2004*
- § 2 **Abs. 1**
 - 2009 **24** 97
- § 3 - 2009 **24** 97
- 271.100** *(ausser Kraft) Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege 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 - 2007 **52** 220
 - 2009 **89** 388
 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
- § 25 - 2009 **42** 223
- § 27 - 2007 **104** 369
- § 32 **Abs. 2**
- 2007 **52** 220
- § 33 **Abs. 1**
- 2009 **49** 271
- Abs. 2**
- 2007 **34** 137
- 2007 **56** 228
- § 33 ff. - 2008 **94** 433
- § 35 **Abs. 3**
- 2007 **45** 194
- 2008 **52** 297
- § 36 - 2007 **53** 222
- Abs. 1**
- 2007 **34** 137
- 2007 **44** 191
- 2007 **56** 228
- § 38 - 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
- 2008 **99** 465
- § 38 f. **Abs. 1**
- § 39 - 2008 **51** 295
- Abs. 2**
- 2007 **58** 233
- 2009 **89** 388
- 2009 **50** 275
- Abs. 3**
- 2007 **58** 233

- § 40 - 2009 **50** 275
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
- § 57 - 2009 **54** 289
- § 58 - 2007 **56** 228
- 2009 **45** 236
- § 60 ff. - 2008 **94** 433
- § 68 - 2007 **57** 231
- § 75 - 2007 **17** 71
- § 75a - 2009 **58** 296
- § 78a **Abs. 2**
- 2009 **57** 295
- 271.200** *Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRPG) vom 4. Dezember 2007*
- § 8 **Abs. 1**
- 2009 **48** 261
Abs. 2
- 2009 **48** 261
- § 13 **Abs. 2 lit. a**
- 2009 **23** 95
- 2009 **51** 278
Abs. 2 lit. e
- 2009 **23** 95
- 2009 **51** 278
- § 31 **Abs. 2**
- 2009 **22** 95
- 2009 **23** 95
- 2009 **51** 278
- 2009 **52** 280
- 2009 **53** 283
Abs. 3
- 2009 **22** 95
- 2009 **52** 280
- § 32 **Abs. 2**
- 2009 **22** 95
- 2009 **23** 95

- 2009 **51** 278
- 2009 **52** 280
- 2009 **55** 289
- Abs. 3**
- 2009 **22** 95
- 2009 **52** 280
- § 37 **Abs. 1**
- 2009 **78** 363
- § 41 **Abs. 1**
- 2009 **48** 261
- § 42 - 2009 **56** 291
- § 46 **Abs. 2**
- 2009 **91** 395
- § 50 **Abs. 1**
- 2009 **48** 261
- Abs. 2**
- 2009 **48** 261
- § 54 - 2009 **37** 197
- Abs. 1**
- 2009 **48** 261
- Abs. 2**
- 2009 **48** 261
- Abs. 3**
- 2009 **48** 261
- Abs. 4**
- 2009 **48** 261

- 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

- § 4 - 2008 4 33
Abs. 1 lit. d
- 2007 7 39
Abs. 1
- 2008 4 33
- 2008 5 36
Abs. 2
- 2007 56 228
Abs. 4
- 2008 5 36
Abs. 5
- 2007 44 191
- 2007 56 228
- § 6 **Abs. 2**
- 2008 4 33
Abs. 3
- 2008 4 33
- 2007 56 228
- § 7 **Abs. 2**
- 2007 53 222
- 2008 4 33
- 301.100** *Gesundheitsgesetz (GesG) vom 10. November 1987*
- § 30 - 2009 47 253
- 401.100** *Schulgesetz vom 17. März 1981*
- § 28 - 2007 119 457
§ 37 - 2007 12 55
§ 53 **Abs. 4**
- 2009 106 489
§ 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*
- § 3 **Abs. 2**
- 2009 96 424
§ 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
- 2009 96 424
- § 13
§ 35
Abs. 2
- 2008 98 461
- Abs. 2 Satz 1**
- 2008 99 465
- 2009 96 424
- § 50
- 411.211** *Verordnung über die Anstellung und Löhne der Lehrpersonen (VALL) vom 13. Oktober 2004*
- § 12
Abs. 1
- 2009 96 424
- Abs. 2**
- 2009 96 424
- § 13
Abs. 1
- 2008 97 454
- Abs. 2**
- 2008 97 454
- § 14
lit. d
- 2009 96 424
- § 54
Abs. 1
- 2009 96 424
- § 59
- 2009 96 424
- 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 (Denkmal-schutzdekret) 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
- 531.200** *Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005*
- § 29 - 2009 **107** 494

- § 34 **Abs. 1**
- 2009 107 494
- 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, Grundstücksgewinnen, 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
- 2009 28 132
- § 26 **Abs. 1**
- 2009 59 301
- § 27 **Abs. 1**
- 2009 60 301
- § 29 **Abs. 1 lit. a**
- 2008 20 89
- § 31 **Abs. 1**
- 2009 67 313
- § 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
- 2009 30 144

- Abs. 1 lit. b**
- 2007 **23** 86
- Abs. 1 lit. c**
- 2008 **61** 328
- 2009 **61** 303
- Abs. 1 lit. e**
- 2008 **62** 328
- 2009 **62** 306
- § 36 **Abs. 1**
- 2007 **61** 239
- 2008 **18** 78
- 2009 **63** 306
- 2009 **64** 308
- Abs. 2 lit. a**
- 2008 **63** 331
- 2009 **26** 123
- Abs. 2 lit. b**
- 2009 **65** 311
- Abs. 2 lit. c**
- 2008 **64** 331
- § 38 **Abs. 1**
- 2009 **66** 312
- § 39 **Abs. 2**
- 2008 **65** 334
- 2008 **66** 338
- § 40 **lit. c**
- 2007 **63** 248
- lit. d**
- 2007 **24** 86
- 2009 **67** 313
- lit. g**
- 2009 **63** 306
- lit. i**
- 2007 **62** 242
- 2009 **68** 316
- lit. i^{bis}**
- 2007 **62** 242
- lit. k**
- 2007 **25** 91
- § 41 **lit. a**
- 2009 **62** 306
- § 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
- § 48 - 2009 **60** 301
- § 51 - 2008 **67** 341
- § 56 **Abs. 1 lit. a**
- 2008 **21** 98
- § 68 **Abs. 1 lit. b**
- 2009 **69** 316
- 2009 **72** 325
- § 98 **Abs. 1**
- 2008 **68** 344
- § 105 **Abs. 1**
- 2009 **70** 317
- § 108 **Abs. 1**
- 2007 **66** 261
- § 142 **Abs. 1**
- 2007 **68** 269
- § 147 **Abs. 2**
- 2007 **67** 263
- Abs. 3**
- 2007 **68** 269
- § 169 - 2008 **69** 348
- § 179 **Abs. 2**
- 2009 **64** 308
- § 180 **Abs. 2**
- 2009 **71** 322
- § 187 **Abs. 2**
- 2009 **53** 283
- § 189 **Abs. 1**
- 2009 **53** 283
- Abs. 2**
- 2009 **53** 283
- § 191 - 2009 **29** 136
- Abs. 3**
- 2008 **70** 349
- 2008 **71** 350
- 2009 **27** 129
- § 198 **Abs. 1**
- 2009 **53** 283
- § 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
- 2009 **30** 144
- § 15 - 2008 **61** 328
- § 19 **Abs. 4**
- 2009 **26** 123
- § 20 - 2009 **26** 123
- § 21 **Abs. 1**
- 2009 **65** 311
- § 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
- § 46 **Abs. 1**
- 2009 **70** 317
- § 65 **Abs. 3**
- 2009 **71** 322
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
- § 5 **Abs. 2**
 - 2009 **49** 271
- § 6 **Abs. 1 lit. a**
 - 2007 **114** 424
 Abs. 1 lit. c
 - Baubewilligungspflicht einer Strassenreklame 2007 **118** 448
- § 13 **Abs. 1**
 - 2009 **36** 182
- § 14 - Voraussetzungen, damit der Regierungsrat an Stelle des zuständigen kommunalen Organs einen Planungsentscheid fällen kann
 2007 **117** 445
- § 15 **Abs. 1**
 - 2009 **36** 182
 Abs. 2
 - 2009 **34** 176
 Abs. 2 lit. a
 - 2009 **36** 182
- § 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 Gemeindeorgans, einen Sondernutzungsplan zu erlassen 2007 **117**
 445
- § 28 - 2008 **25** 151
- § 29 - 2009 **103** 453
- § 33 **Abs. 1**
 - 2009 **32** 156
 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

- § 40 **Abs. 3**
 - 2007 77 300
 - 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
- § 68 - 2009 36 182
- § 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
 - 2009 49 271
- § 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 Erscheinungsbild ab 2008 **102** 483
- § 12 **Abs. 3**
- 2009 **31** 153
- § 16 **Abs. 1**
- 2007 **32** 120
- 2009 **32** 156
- § 17 - 2009 **32** 156
- § 18 - 2009 **35** 181
- § 28 - 2009 **35** 181
- 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
- § 44a - Das öffentliche Recht regelt die Beschaffenheit von Privatstrassen nicht 2009 **100** 447
- § 92 - 2009 **32** 156
- 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
- 764.110** ***Wassernutzungsabgabendekret (WnD) vom 18. März 2008***
- § 17 - 2009 102 451
- 781.200** ***Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässer (EG Umweltrecht, EG UWR) vom 4. September 2007***
- § 25 **Abs. 1**
 - 2009 104 460
- § 28 - 2009 104 460
- § 30 **Abs. 1**
 - 2009 104 460
- Abs. 3 lit. a**
 - 2009 104 460
- 781.211** ***Verordnung zum Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässer (VEG UWR) vom 14. Mai 2008***
- § 55 - 2009 104 460
- § 57 - 2009 104 460
- § 61 - 2009 104 460
- 787.350** ***Dekret zum Schutz der Hallwilerseelandschaft (Hallwilerseeschutzdekret, HSD) vom 13. Mai 1986***
- § 4 - 2009 74 333

- 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*
- § 11 - 2009 15 78
- § 14 **Abs. 2**
- 2008 13 54
- § 16 **Abs. 2**
- 2008 13 54
- § 17 **Abs. 4**
- 2009 16 79
Abs. 6
- 2009 16 79
- 851.200** *Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und soziale Prävention (Sozialhilfe- und Präventionsgesetz, SPG) vom 6. März 2001*
- § 1 **Abs. 2**
- 2009 44 232
- § 2 - 2008 37 225
- § 6 - 2009 45 236
Abs. 1
- 2008 37 225
- § 7 **Abs. 1**
- 2008 44 259
- § 11 - 2009 44 232
- § 13 - 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
- § 16 - 2009 45 236
- § 42 - 2009 45 236

- § 47 **Abs. 3**
- 2007 **46** 195
- § 49 - 2007 **46** 195
- 851.211** **Sozialhilfe- und Präventionsverordnung (SPV) vom 28. August 2002**
- § 1 - 2008 **37** 225
- § 5 **Abs. 1**
- 2009 **43** 227
- § 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
- 2009 **42** 223
Abs. 2
- 2009 **42** 223
- § 14 **lit. e**
- 2008 **40** 242
- § 15 - 2008 **45** 262
Abs. 2
- 2008 **46** 265
Abs. 3
- 2008 **40** 242
- § 16 - 2008 **41** 245
- § 17 - 2008 **41** 245
- § 29 - 2009 **56** 291
- 910.100** **Gesetz über die Erhaltung und Förderung der Landwirtschaft (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**
- § 4 **Abs. 2**
- 2009 **36** 182

- § 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**