

## II. Straf- und Massnahmenvollzug

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

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

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

### *Aus den Erwägungen*

#### 1.3.

##### 1.3.1.

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

##### 1.3.2.

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

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

2.

2.1.

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

2.2.

2.2.1.

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

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

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

#### 2.2.2.

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

#### 2.2.3.

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

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

### 2.3.

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

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

3.

3.1

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

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

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

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

Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben.

### 3.2.

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

4.

4.1.

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

4.2.

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

4.3.

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

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

4.4.

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

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





### III. Kantonale Steuern

**17 Berufskosten (Gewinnungskosten); Fahrtkosten eines Wochenaufenthalters.**

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

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

#### *Aus den Erwägungen*

3.

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

4.

4.1

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

- Krankheit oder körperlichen Gebrechen
- beachtlicher Entfernung der nächsten Haltestelle