

einer anfechtbaren und in Rechtskraft erwachsenen Verfügung festgesetzt worden ist (BGE 131 I 105, Erw. 3.7).

5.

Demgemäss ist auf die vorliegende, gegen den Entscheid des Stadtrats B. vom 29. Juni 2015 frist- und formgerecht eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur insoweit einzutreten, als die Beschwerdeführerin eine geschlechtsspezifische Lohndiskriminierung oder eine allgemeine, nicht geschlechtsindizierte lohnmassige Ungleichbehandlung für die kurze Zeit zwischen der Einreichung ihres "Lohnnachzahlungsbegehrens" am 15. April 2015 und der Beendigung ihres Anstellungsverhältnisses am 30. April 2015 rügt und daraus eine Lohnnachzahlungsforderung von maximal Fr. 85'166.00 sowie die entsprechende Änderung früherer Lohnverfügungen ableitet.

- 47 **Kündigung; vorgängige Anhörung; Verhalten nach Treu und Glauben**
Unabhängig davon, ob die Kündigung mittels Verfügung oder vertraglicher Erklärung erfolgt, ist der betroffenen Mitarbeiterin das rechtliche Gehör zu gewähren, damit sie zur Kündigungsabsicht der Anstellungsbehörde Stellung nehmen kann (Bestätigung der Rechtsprechung). Im konkreten Fall wurde nicht nur durch den (bewussten) Verzicht auf eine vorgängige Anhörung der Klägerin deren Gehörsanspruch verletzt. Darüber hinaus versties der Vorgesetzte der Klägerin gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, indem er die Klägerin ohne deren Wissen über bevorstehende Restrukturierungsmassnahmen mit Stellenveränderungen über Wochen hinweg einem eigentlichen Eignungstest unterzog.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 10. November 2016 in Sachen A. gegen Kanton Aargau (WKL.2015.19).

Aus den Erwägungen

nicht eingetreten ist. Der vorinstanzliche Entscheid ist in diesem Punkt zu bestätigen und die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen, ohne dass das Verwaltungsgericht die materielle Begründetheit der Beschwerde insoweit überprüfen, d.h. über die Rechtmässigkeit der Anstellungsverfügungen befinden könnte.

Die grundsätzliche Unabänderlichkeit der Anstellungsverfügungen vom 30. September 2010, 30. Oktober 2011 und 30. Dezember 2011 bedeutet nun aber nicht, dass der Beschwerdeführerin jegliche Lohnnachzahlungsforderung für den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis zur Beendigung ihres Anstellungsverhältnisses per Ende April 2015 verwehrt wäre. Nach der Praxis des Bundesgerichts stellt das Gebot der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau ein unmittelbar anwendbares, justiziables subjektives Individualrecht dar, welches als solches – unter Vorbehalt der Verjährung von Lohnnachzahlungsforderungen (nach fünf Jahren) – grundsätzlich noch nachträglich geltend gemacht werden kann. Das Vorliegen einer (rechtskräftigen) Anstellungsverfügung steht dem nicht entgegen; ebenso wenig das Rechtsmissbrauchsverbot, solange kein gültiger Verzicht auf einen diskriminierungsfreien Lohn in eindeutiger Form vorliegt (BGE 131 I 105, Erw. 3.3; 125 I 14, Erw. 3; 124 II 436, Erw. 10). Anders verhält es sich mit ungleichen Besoldungen, die nicht geschlechtsspezifisch bedingt diskriminierend sind. Aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot ergibt sich kein direkter bundesrechtlicher Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung einer rechtsgleichen Besoldung, wie dies für den Bereich der Lohngleichheitsgarantie für Mann und Frau der Fall ist; von Verfassungs wegen kann lediglich verlangt werden, dass der rechtsungleiche Zustand auf geeignete Weise und in angemessener Frist behoben wird. Was die Angemessenheit der Frist anbelangt, darf in vertretbarer Weise berücksichtigt werden, wann sich ein Betroffener erstmals gegen die beanstandete Rechtsungleichheit gewehrt hat. Es ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig und mit dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot vereinbar, einen rechtsungleichen Zustand erst mit Wirkung ab jenem Zeitpunkt zu korrigieren, in dem durch den Betroffenen ein entsprechendes Begehren überhaupt erst gestellt worden ist. Das gilt erst recht, wenn der zu niedrige Lohn – wie hier – in Form

angefochten werden könnte; vielmehr muss eine solche Verfügung innerhalb einer vernünftigen Frist in Frage gestellt werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1079). Rechtssuchende genießen keinen Vertrauensschutz, wenn der Mangel für sie bzw. ihren Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmungen ersichtlich ist (BGE 134 I 199, Erw. 1.3.1).

Die Anstellungsverfügungen vom 30. September 2010, 30. Oktober 2011 und 30. Dezember 2011 enthalten keine Rechtsmittelbelehrung und sind deshalb mit einem Eröffnungsfehler behaftet. Mangels Rechtsmittelbelehrung konnte die Beschwerdeführerin als juristische Laiin nicht unbedingt wissen, dass diese Verfügungen mit Beschwerde anfechtbar sind, wer Beschwerdeinstanz ist und welche Formalien einzuhalten sind. Deswegen begann die Rechtsmittelfrist nicht unmittelbar mit der Mitteilung der Anstellungsverfügungen an die Beschwerdeführerin zu laufen. Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem sich die Beschwerdeführerin bei ihrem Rechtsvertreter juristischen Rat geholt hat, also ab Ende Januar 2015, wäre es ihr jedoch zumutbar gewesen, die Anstellungsverfügungen innerhalb der Beschwerdefrist von 30 Tagen formgerecht anzufechten, was nicht geschehen ist. Das "Lohnnachzahlungsbegehren" an den Stadtrat vom 15. April 2015 erfolgte klar ausserhalb der Beschwerdefrist. Auch aus dem Umstand, dass sie offenbar gegenüber ihren Vorgesetzten mehrfach ein zu tiefes Gehalt rügte, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, im Gegenteil: Spätestens dann, als diese Rügen nichts fruchteten, wäre zu erwarten gewesen, dass sie sich eingehend damit auseinandersetzen würde, wie rechtlich ein höherer Lohn eingefordert werden könnte. Aus all diesen Gründen sind die Anstellungsverfügungen vom 30. September 2010, 30. Oktober 2011 und 30. Dezember 2011 noch vor Einreichung des "Lohnnachzahlungsbegehrens" vom 15. April 2015 rechtskräftig geworden.

(...)

Folglich ist nicht zu beanstanden, dass der Stadtrat auf den mit der Lohnnachzahlungsforderung der Beschwerdeführerin implizit verbundenen Antrag auf Abänderung der Anstellungsverfügungen vom 30. September 2010, 30. Oktober 2011 und 30. Dezember 2011

die finanzielle Konsequenz aus der von der Beschwerdeführerin behaupteten Falscheinstufung. Eine unzulässige Beschwerdeänderung liegt somit nur in Bezug auf den Antrag auf Aufhebung, nicht aber in Bezug auf den Eventualantrag auf Abänderung ("Berichtigung") sämtlicher Anstellungsverfügungen ab dem 30. September 2010 vor.

Mit der Erhöhung der Lohnnachzahlungsforderung von Fr. 85'166.00 auf Fr. 131'156.46 wird gestützt auf den nämlichen Sachverhalt (Einstufung in ein zu tiefes Gehaltsband in absoluter Hinsicht [d.h. bezogen auf die Funktion der Beschwerdeführerin] und im Vergleich mit anderen [leitenden] Angestellten der Abteilung [...] der Stadtverwaltung B. [Lohndiskriminierung]) eine quantitative Mehrleistung verlangt. Die Erhöhung der Lohnnachzahlungsforderung ist demnach nicht als Beschwerdeänderung, sondern als Beschwerdeerweiterung zu verstehen, auf die das Verwaltungsgericht allerdings ebenso wenig eintreten darf. Das heisst, dass der Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht maximal der schon im vorinstanzlichen Verfahren geforderte Betrag in Höhe von Fr. 85'166.00 zugesprochen werden könnte.

4.

4.1.

Auf die Lohnnachzahlungsforderung und die damit – implizit – verbundenen Anträge auf entsprechende Abänderung der Anstellungsverfügungen vom 30. September 2010, 30. Oktober 2011 und 30. Dezember 2011 ist die Vorinstanz, wie gesehen (Erw. 3.3 vorne), nicht eingetreten, mit der Begründung, die Anstellungsverfügungen seien nicht rechtzeitig angefochten worden und damit in Rechtskraft erwachsen. Es könne nicht darauf zurückgekommen werden.

4.2. (...)

4.3.

Es wurde bereits in Erw. 2.3.4 vorne dargelegt, dass den Parteien aus der mangelhaften Eröffnung einer Verfügung keinerlei Rechtsnachteil erwachsen darf (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1079 und 1120). Erneut ist aber auch an dieser Stelle zu betonen, dass der Rechtsmittelfristenlauf nicht beliebig hinausgezögert werden kann. Es wäre mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn eine Verfügung wegen mangelhafter Eröffnung jederzeit

3.3.

Im von der Beschwerdeführerin mit dem "Lohnnachzahlungsbegehren" an den Stadtrat B. vom 15. April 2015 gestellten Antrag, die Stadt B. sei zu verpflichten, Lohnnachzahlungen in der Höhe von Fr. 85'166.00 brutto zuzüglich Zins (...) zu bezahlen (Antrag 1), ist implizit auch das Begehren enthalten, in Bezug auf den Lohn sämtliche Anstellungsverfügungen ab 30. September 2010 abzuändern. Das erhellt insbesondere auch aus der Begründung des "Lohnnachzahlungsbegehrens", worin die Beschwerdeführerin ausführen liess, sie sei angesichts ihrer Führungsfunktion, ihrer Verantwortung, ihres Einflussbereichs und ihrer Ausbildung ab 1. Oktober 2010 zu Unrecht in das Gehaltsband 5 mit einem Bruttojahreslohn von Fr. 91'999.70 anstatt in das Gehaltsband 8 mit einem Bruttojahreslohn von wenigstens Fr. 117'000.00 eingestuft worden. Die Beschwerdeführerin rügte mit anderen Worten schon vor dem Stadtrat eine Falscheinstufung, die notgedrungen nur über eine nachträgliche inhaltliche Modifikation der Anstellungsverfügungen vom 30. September 2010, 30. Oktober 2011 und 30. Dezember 2011 korrigiert werden kann. Würde der Beschwerdeführerin die geforderte Lohnnachzahlung gewährt, würde dies sachlogisch eine entsprechende Abänderung der erwähnten Anstellungsverfügungen bzw. der darin festgelegten Besoldung bedeuten. In diesem Sinne kann zwar in Bezug auf den Antrag auf Aufhebung, nicht aber in Bezug auf den Eventualantrag auf Abänderung ("Berichtigung") sämtlicher Anstellungsverfügungen ab dem 30. September 2010 gesagt werden, er liege ausserhalb des (durch das "Lohnnachzahlungsbegehren" der Beschwerdeführerin) fixierten Streitgegenstandes. Andernfalls hätte sich der Stadtrat auch nicht veranlasst gesehen, auf das "Lohnnachzahlungsbegehren" mit der Begründung nicht einzutreten, die Anstellungsverfügungen seien nicht rechtzeitig angefochten worden und damit in Rechtskraft erwachsen, und – in einer Eventualbegründung – dennoch die Rechtmässigkeit der (in den Anstellungsverfügungen angeordneten) Gehaltseinstufung zu überprüfen. Von Anfang an bildete Thema des vorliegenden Rechtsstreits, ob die Beschwerdeführerin mit Wirkung ab 1. Oktober 2010 gehaltsmässig richtig eingestuft war. Die Lohnnachzahlungsforderung ist letztlich nichts anderes als

grenzung von inner- und ausserhalb des Streitgegenstands gelegenen Sachverhalt ist nicht ganz einfach und muss am konkreten Einzelfall entschieden werden. Neue tatsächliche Vorbringen bewirken keine Änderung des Streitgegenstands, wenn sie in einem engen Sachzusammenhang stehen. Der massgebliche Sachverhalt, auf den sich die Argumentation des Beschwerdeführers ohne Beschwerdeänderung abstützen kann, ist der zu Beginn des Verfahrens eingebrachte Sachverhalt, aus dem die in den Beschwerdeanträgen behaupteten Rechtsfolgen abgeleitet werden, sowie der Sachverhalt, der mit dem Streitgegenstand in einem engen Sachzusammenhang steht. Innerhalb des so definierten Streitgegenstands können die Anträge des Beschwerdeführers im verwaltungsinternen Verfahren quantitativ variieren (Beschwerdeerweiterung), nicht hingegen vor Verwaltungsgericht, wo im Grundsatz auch kein quantitatives Mehr verlangt werden kann (MERKER, a.a.O., § 39 N 12 ff.). Dahinter steht die Überlegung, dass nur beschwert ist, wer im vorinstanzlichen Verfahren nicht obsiegt hat. Wer mit den ursprünglich gestellten Anträgen vollständig durchdringt, kann vor Verwaltungsgericht nicht Zusätzliches verlangen. Die Beachtung der funktionellen Zuständigkeit spielt bei Beschwerden ans Verwaltungsgericht, das ausserhalb der Verwaltungsorganisation steht und keine Aufsichtsfunktion ausübt, eine entscheidende Rolle und schliesst die erstinstanzliche Behandlung neu vorgebrachter oder erweiterter Begehren aus (MERKER, a.a.O., § 39 N 28 f.). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war bzw. nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein müssen. Nach herrschender Auffassung sind die Beschwerdebegehren, nicht deren Begründung massgebend zur Bestimmung des Streitgegenstands. Die Begründung bildet zwar nicht Bestandteil des Streitgegenstands, ist jedoch allenfalls als Hilfsmittel zur Konkretisierung des Begehrens heranzuziehen (MARTIN BERTSCHI, in: ALAIN GRIFFEL [HRSG.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N 44 ff.; MARCO DONATSCH, in: ALAIN GRIFFEL [HRSG.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], a.a.O., § 20a N 9 f.).

2015 eine Verfügung darstellt, ist ihr die Berufung auf Vertrauensschutz verwehrt. Die Beschwerdeführerin muss sich deshalb anrechnen lassen, dass die 30-tägige Beschwerdefrist (nach § 44 Abs. 1 VRPG) für die Anfechtung der für ihren Rechtsvertreter als solche erkennbaren Rückzahlungsverfügung vom 15. Januar 2015 mit dessen Konsultierung am 29. Januar 2015 zu laufen begonnen hat und im Zeitpunkt des beim Stadtrat eingereichten "Lohnnachzahlungsbegehrens" bzw. dem darin enthaltenen Feststellungsantrag längst unbenützt abgelaufen war. Insofern ist schon der Stadtrat B. zu Recht nicht auf das negative Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin eingetreten; zum einen hätte die Verfügung als solche angefochten werden müssen (anstatt bloss ein subsidiäres Feststellungsbegehren zu stellen), zum anderen war die massgebende Frist abgelaufen. Damit bleibt auch kein Raum dafür, dass das Verwaltungsgericht auf den entsprechenden Feststellungsantrag ("Es sei festzustellen, dass wegen der Kündigung aus wichtigen Gründen von Seiten der Beschwerdeführerin keine Rückzahlungsverpflichtung aufgrund der Weiterbildungsvereinbarung vom 28. Juli 2013 besteht.") eintreten könnte.

3.

3.1.

Die von der Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht gestellten Anträge weichen insofern von denjenigen im vorinstanzlichen Verfahren ab, als die Beschwerdeführerin zusätzlich – explizit – die Aufhebung, eventuell Abänderung ("Berichtigung"), sämtlicher Anstellungsverfügungen ab dem 30. September 2010 verlangt, und als sie ihre Lohnnachzahlungsforderung von ursprünglich Fr. 85'166.00 auf Fr. 131'156.46 erhöht hat.

3.2.

Vor Verwaltungsgericht sind sowohl Beschwerdeänderungen als auch Beschwerdeerweiterungen grundsätzlich unzulässig. Eine Beschwerdeänderung liegt vor, wenn gestützt auf denselben Sachverhalt etwas Neues, qualitativ Anderes verlangt wird, oder wenn zwar an den in den Anträgen formulierten Begehren festgehalten wird, die behaupteten Rechtsfolgen aber auf einen anderen, ausserhalb des Streitgegenstands liegenden Sachverhalt abgestützt werden. Die Ab-

wobei der Fristenlauf nicht beliebig hinausgezögert werden kann. Es wäre mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn eine Verfügung wegen mangelhafter Eröffnung jederzeit angefochten werden könnte; vielmehr muss eine solche Verfügung innerhalb einer vernünftigen Frist in Frage gestellt werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1079). Rechtssuchende geniessen keinen Vertrauensschutz, wenn der Mangel für sie bzw. ihren Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmungen ersichtlich ist (BGE 134 I 199, Erw. 1.3.1).

Als juristische Laiin konnte die Beschwerdeführerin selber kaum erkennen, dass das Schreiben vom 15. Januar 2015 eine Verfügung der Leiter der Abteilungen (...) darstellt, die sie (gestützt auf § 55 Abs. 1 des Personalreglements für die Stadtverwaltung B. vom [...]; nachfolgend: Personalreglement) mit Beschwerde bei der Stadtpräsidentin hätte anfechten müssen, wenn sie mit der Verpflichtung zur Rückzahlung von Weiterbildungskosten nicht einverstanden ist (vgl. Erw. 2.3.3 vorne). Gegen Ende Januar 2015 hat die Beschwerdeführerin jedoch ihren Rechtsvertreter mandatiert. Hätte dieser § 55 PR konsultiert, hätte er erkennen können, dass personalrechtliche Streitigkeiten zwischen der Stadt B. und ihren Mitarbeitern auf den Beschwerdeweg verwiesen werden, und daraus auf den Verfügungscharakter des Schreibens vom 15. Januar 2015 schliessen müssen. Dass er dieses Schreiben wohl effektiv als Verfügung taxiert hat, zeigt sich daran, dass er sich überhaupt veranlasst sah, beim Stadtrat ein negatives Feststellungsbegehren zu stellen. Hätte es sich beim Schreiben vom 15. Januar 2015 aus seiner Sicht um eine blossе Zahlungsaufforderung ohne jede Rechtsverbindlichkeit gehandelt, hätte auf Seiten der Beschwerdeführerin keinerlei Bedarf an einem negativen Feststellungsbegehren (an den Stadtrat) bestanden. Er hätte zuwarten können, bis von Seiten der Stadt weitere Schritte ergriffen würden, entweder auf dem Klageweg oder durch den Erlass einer anfechtbaren Rückzahlungsverfügung.

2.4.

Konnte also der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit der notwendigen Umsicht erkennen, dass das Schreiben vom 15. Januar

(§ 26 VRPG). Dies ermöglicht den Betroffenen eine sachgerechte Anfechtung (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 963).

Es ist nicht aktenkundig, ob die Beschwerdeführerin vor der Zustellung des Schreibens vom 15. Januar 2015 zur Frage der Rückerstattung von Weiterbildungskosten angehört wurde. Widrigenfalls wäre darin wohl eine Verletzung des aus Art. 29 Abs. 2 BV, § 22 Abs. 1 KV und § 21 VRPG fliessenden Anspruchs auf rechtliches Gehör zu erblicken. Doch auch das Schreiben als solches weist formelle Mängel auf, die es für einen juristischen Laien nicht als (anfechtbare) Verfügung erkennbar machen. Die Bezeichnung als Verfügung und eine Rechtsmittelbelehrung fehlen.

2.3.4.

Die oben (Erw. 2.3.3) angeführten Formvorschriften sind allerdings nicht Voraussetzung, sondern Folge der Verfügung. Anders ausgedrückt: Auch eine den Formvorschriften widersprechende Verfügung bleibt eine Verfügung. Form- oder Eröffnungsfehler führen nicht zum Wegfall des Verfügungscharakters (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 871 und 1078, je mit Hinweisen). Die formell mangelhafte Verfügung muss (innerhalb der vorgesehenen Frist mit dem zulässigen Rechtsmittel) angefochten werden. Nichtigkeit wird nur ausnahmsweise – im Falle von schwerwiegenden Form- und Eröffnungsfehlern – angenommen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1078). Kein Nichtigkeitsgrund ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine fehlende Rechtsmittelbelehrung (BGE 104 V 162, Erw. 3; Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2011 [1C_270/2011], Erw. 5.2). Auch die Verweigerung des rechtlichen Gehörs zieht nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der Verfügung nach sich (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1116). Dies gilt in concreto umso mehr, als die Rückzahlungsverpflichtung bereits im Voraus detailliert geregelt worden war und daher der Gewährung des rechtlichen Gehörs keine gewichtige Bedeutung zukam. Auf alle Fälle darf den Parteien aus der mangelhaften Eröffnung der Verfügung keinerlei Rechtsnachteil erwachsen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1079 und 1120). Eine Rechtsmittelfrist beginnt daher erst im Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Betroffene von der Verfügung Kenntnis nehmen konnte,

habe. Voraussetzung dafür ist, dass dem Schreiben vom 15. Januar 2015 Verfügungscharakter zukommt.

2.3.2.

In inhaltlicher Hinsicht lässt sich dieses mit "Rückzahlungsverpflichtung" betitelte Schreiben durchaus als Verfügung qualifizieren. Es enthält eine hoheitliche, einseitige, individuell-konkrete Anordnung einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht (§ 19 der Personalverordnung für das Personal der Stadt B. vom [...]) ergangen und auf Rechtswirkungen (Begründung der Rückzahlungsverpflichtung der Beschwerdeführerin) ausgerichtet ist. Die Anordnung könnte grundsätzlich ohne weitere Konkretisierung vollstreckt werden, wäre mithin erzwingbar (zum materiellen Verfügungsbegriff vgl. die Legaldefinition in Art. 5 Abs. 1 VwVG, die nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts mit dem kantonalrechtlichen Verfügungsbegriff übereinstimmt [AGVE 2010, S. 235; 1978, S. 300; 1972, S. 339; MERKER, a.a.O., § 38 N 3]; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 849 ff.).

2.3.3.

Beabsichtigt die Verwaltungsbehörde, eine Verfügung zu erlassen, so hat sie bestimmte Formvorschriften einzuhalten. Sie muss die Betroffenen vor Erlass einer Verfügung ins Verfahren miteinbeziehen, ihnen Einsicht in die massgebenden Akten gewähren, sie anhören und sich mit ihren Argumenten auseinandersetzen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 963). Aus dem Recht auf vorgängige Anhörung folgt, dass die Behörden die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis nehmen und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung auseinandersetzen müssen. Um den Betroffenen eine (schriftliche) Stellungnahme (zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt und den anwendbaren Rechtsnormen) zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung (zumindest die wesentlichen Elemente) bekanntgeben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1010 f., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Eine Verfügung muss sodann als solche bezeichnet, begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden

2.2.

Eine Feststellungsverfügung ist dann zu erlassen, wenn der Gesuchsteller ein schützenswertes Interesse an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines konkreten (öffentlich-rechtlichen) Rechtsverhältnisses nachweisen kann und keine öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Negative Voraussetzung des Feststellungsanspruchs ist die fehlende Möglichkeit, alternativ eine vollstreckbare Leistung verlangen zu können, da der Feststellungsentscheid subsidiärer Natur ist (BGE 135 III 378, Erw. 2.2; 123 III 49, Erw. 1a; 118 II 254 = Pra 82/1993 Nr. 110, Erw. 1c; Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 2016 [5A_1000/2015], Erw. 1.2; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. November 2006 [PB.2006.00021], Erw. 2; MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968 [aVRPG], Diss. Zürich 1998, § 38 N 27 f.; JÜRGE BOSSHART/MARTIN BERTSCHI, in: ALAIN GRIFFEL [HRSG.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 19 N 24 ff.). Steht die Beschwerde, die verwaltungsgerichtliche Klage oder das Gesuch um eine gestaltende Verfügung offen, besteht kein Feststellungsanspruch. Eine Umgehung von Fristen mittels Feststellungsbegehren ist unzulässig (MERKER, a.a.O., § 38 N 28).

2.3.

2.3.1.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin schon früher (als mit dem erstmaligen [negativen] Feststellungsbegehren an den Stadtrat B. vom 15. April 2015) gegen die Verpflichtung zur Rückzahlung von Weiterbildungskosten hätte zur Wehr setzen können und müssen, nämlich mittels (fristgerechter) Beschwerde gegen den ihr mit Schreiben vom 15. Januar 2015 mitgeteilten Entscheid der Leiter der Abteilungen (...), wonach sie ihrem Arbeitgeber wegen ihres freiwilligen Austritts während der Verpflichtungszeit (von 36 Monaten nach Abschluss der Weiterbildung) Weiterbildungskosten von Fr. 23'808.00 zurückzuerstatten

Rechtsanwaltes zu laufen; dieser hätte aber mit der notwendigen Umsicht erkennen können und müssen, dass es sich bei der Anordnung auf Rückzahlung von Weiterbildungskosten um eine Verfügung handelte, auch wenn diese nicht als solche bezeichnet und mit keiner Rechtsmittelbelehrung versehen war (Erw. I/2).

- Der zusätzliche Antrag auf Abänderung von Lohnverfügungen stellt im Vergleich zu einer Lohnnachzahlungsforderung, die auf eine Abänderung der darin festgelegten Besoldung hinauslaufen würde, keine unzulässige Beschwerdeänderung dar. Die Erhöhung der Forderung auf Lohnnachzahlung ist jedoch vor Verwaltungsgericht unzulässig (Erw. I/3).
- Die (formelle) Rechtskraft von Lohnverfügungen steht einer Lohnnachzahlungsforderung (vorbehältlich der fünfjährigen Verjährungsfrist) nicht entgegen, wenn die Forderung aus geschlechtsspezifischer Lohndiskriminierung abgeleitet wird. Demgegenüber verleiht das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot keinen rückwirkenden Anspruch auf rechtsgleiche Besoldung (Erw. I/4).

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 2. November 2016 in Sachen A. gegen Stadtrat B. (WBE.2015.311).

Aus den Erwägungen

- I.
- 2.
- 2.1.

Die Beschwerdeführerin verlangt in Antrag 5 die Feststellung, dass "wegen der Kündigung aus wichtigen Gründen von Seiten der Beschwerdeführerin keine Rückzahlungsverpflichtung aufgrund der Weiterbildungsvereinbarung vom 28. Juli 2013 besteht". Dieser Antrag deckt sich inhaltlich mit dem Feststellungsantrag, der schon Gegenstand des "Lohnnachzahlungsbegehrens" an den Stadtrat B. vom 15. April 2015 bildete (dortiger Antrag 2).

sei, erweise es sich als naheliegend, dass auch die Rückforderung von Ausbildungskosten mittels Verfügung geschehe (Erw. I/2.2). In den Urteilen vom 3. November 2009 und 25. Mai 2007 ging es ebenfalls um Anstellungsverhältnisse, die auf einer Verfügung beruhten. Zudem sah das kommunale Personalreglement in jenen Fällen explizit vor, dass Rückzahlungsvorbehalte zu verfügen sind. Daraus schloss das Personalrekursgericht, dass sich die kantonale Regelung, wonach die Rückforderung von Weiterbildungskosten eine vertragliche Erklärung darstelle, nicht auf das kommunale Recht übertragen lasse. Sie basiere nämlich auf einer vertraglich vereinbarten Rückerstattungspflicht, an der es in concreto fehle (Erw. I/2.2).

Ob zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens eine Rückzahlungsvereinbarung zustande gekommen ist oder der Gemeinderat B. die Bedingungen der Rückerstattung von Weiterbildungskosten mit Beschluss vom 2. September 2013 einseitig mittels Verfügung festgelegt hat, ohne dass die Zustimmung des Beschwerdeführers, der den betreffenden Beschluss zwar nicht gegenzeichnet, aber immerhin in seiner Funktion als Gemeindeschreiber unterzeichnet hat und damit Kenntnis davon hatte, fingiert werden darf, kann einstweilen offen bleiben. Entscheidend ist, dass die Rückerstattungspflicht des vertraglich angestellten Beschwerdeführers vertraglich vereinbart werden musste und eine entsprechende Rückzahlungsvereinbarung Grundlage für Rückforderungen des Gemeinderats bildet, der diese mangels Verfügungskompetenz in diesem Bereich auf dem Klageweg geltend zu machen hat (vgl. dazu auch PRGE vom 31. März 2005 [KL.2004.50005], Erw. I/1c).

46 Forderung auf Lohnnachzahlung

- Es ist unzulässig, mittels eines (negativen) Feststellungsbegehrens eine Beschwerdefrist zu umgehen (Erw. I/2).
- Eine den materiellen Verfügungsbegriff erfüllende Anordnung ist mit Beschwerde anzufechten; die Beschwerdefrist begann im konkreten Fall aus Vertrauensschutzgründen erst mit der Mandatierung eines

4.

Gemäss Ziff. 3 Abs. 1 Satz 2 Personalreglement gilt kantonales Personalrecht, wo das Personalreglement lückenhaft ist. Die subsidiäre Anwendbarkeit des kantonalen Personalrechts ergibt sich sodann aus § 50 GG.

5.

Folglich gelangt auf das Anstellungsverhältnis zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens der bereits weiter oben (siehe Erw. 2 vorne) erwähnte § 48 PLV zur Anwendung. Danach werden (a) die Einreihung in die Lohnstufe, (b) die Festsetzung des Lohns und der Lohnzulagen, (c) die Bewilligung für die Ausübung von Nebenbeschäftigungen und die Übernahme von öffentlichen Ämtern, (d) Disziplinar massnahmen, (e) die Auflösung des Beamtenverhältnisses aus wichtigen Gründen, und (f) der Entscheid über die Nichtgewährung von Dienstaltersgeschenken in der Form der Verfügung erlassen (Abs. 1). Alle anderen – nicht in dieser abschliessenden Aufzählung enthaltenen personalrechtlichen Belange, wozu auch die Beteiligung an Weiterbildungskosten und deren Rückerstattung gehört – sind vertraglich zu regeln (Abs. 2).

6.

Damit steht fest, dass es sich bei der Rückforderung von Weiterbildungskosten um eine vertragliche Streitigkeit handelt, die gemäss § 39 lit. a PersG im Klageverfahren vor Verwaltungsgericht ausgetragen werden muss. Weder das kommunale noch das subsidiär anwendbare kantonale Personalrecht schaffen eine Grundlage dafür, dass der Gemeinderat B. die Rückerstattung von Weiterbildungskosten durch einen vertraglich angestellten Arbeitnehmer mittels Verfügung festsetzen kann.

7.

Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall auch grundlegend von den Streitigkeiten, welche das Personalrekursgericht in den Urteilen vom 26. Mai 2010 (2-BE.2009.3), 3. November 2009 (2-BE.2009.5) und 25. Mai 2007 (2-BE.2006.24) zu beurteilen hatte. Im Urteil vom 26. Mai 2010 hielt das Personalrekursgericht fest, da das Anstellungsverhältnis als Ganzes auf einer Verfügung beruhe und die Rückerstattungspflicht im Anstellungsbeschluss festgelegt worden

1.

Das Anstellungsverhältnis zwischen den Parteien ist unstrittig öffentlich-rechtlicher Natur. Zu dessen Begründung haben sich die Parteien – wie im Personalreglement der Einwohnergemeinde B. vom [...] (nachfolgend: Personalreglement) implizit vorgesehen – der Vertragsform bedient.

2.

Beruht das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis – wie im vorliegenden Fall – auf einer vertraglichen Abrede (anstatt auf einer [Anstellungs-]Verfügung), kann die Anstellungsbehörde Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis in der Regel nur dann auf dem Verfügungsweg entscheiden, wenn die einschlägige Personalrechtsgesetzgebung eine entsprechende Verfügungskompetenz im Einzelfall vorsieht (vgl. § 48 PLV; PRGE vom 15. September 2004 [BE.2004.50001], S. 4).

3.

Weder das Personalreglement noch die Personalverordnung der Gemeinde B. äussern sich zur Frage, ob die Rückforderung von Weiterbildungskosten mittels Verfügung oder vertraglicher Erklärung, die im Streitfall im Klageverfahren (vor Verwaltungsgericht) zu beurteilen ist, zu erfolgen hat. In Sachen Weiterbildungskosten bestimmt Ziff. 14.14 Personalreglement lediglich, dass der Gemeinderat bezahlten oder unbezahlten Urlaub gewähren und Kostenbeiträge bewilligen kann. Art. 7 Personalverordnung konkretisiert die Kostenbeteiligung der Gemeinde (100-prozentige Kostenübernahme bei obligatorischen Weiterbildungen und solchen im beidseitigen Interesse, keine Kostenübernahme bei Weiterbildungen im Interesse der Angestellten) und regelt die Voraussetzungen, unter welchen von der Gemeinde übernommene Weiterbildungskosten zurückzuerstatten sind (100-prozentige Rückerstattung bei vorzeitiger Kursbeendigung und bei Kündigung des Anstellungsverhältnisses während des Kurses oder innerhalb eines Jahres nach dessen Beendigung; 50-prozentige Rückerstattung bei Kündigung des Anstellungsverhältnisses innerhalb von zwei Jahren nach Beendigung des Kurses), schweigt sich jedoch darüber aus, ob die Gemeinde die Kurskosten bzw. ein Teil davon mittels Verfügung zurückfordern kann.

Vorstellungen der Beklagten vom Pflichtbewusstsein einer Kaderperson, wenn jemand nach einer viermonatigen Krankheitsabsenz den Fokus auf die Ferienerholung lege und dabei ausblende, was seine Abwesenheit für seine Mitarbeiter bedeute.

Ob die genannten Vorfälle als mangelndes Engagement des Klägers verstanden werden können, kann dahingestellt bleiben. Mangelndes Engagement hat auf jeden Fall nichts mit mangelnder Eignung, sondern mit mangelnder Leistung, allenfalls einem Mangel im Verhalten zu tun. Eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten setzt gemäss § 10 Abs. 1 lit. c Personalreglement eine vorgängige Mahnung (mit schriftlich angesetzter Bewährungszeit) voraus. Daran fehlt es im vorliegenden Fall, womit eine Kündigung wegen Leistungs- oder Verhaltensmängeln ausser Betracht fällt.

Mangels Nachweis eines sachlich zureichenden Kündigungsgrundes erweist sich die gegenüber dem Kläger am 26. April 2016 ausgesprochene Kündigung somit auch unter materiellen Gesichtspunkten als widerrechtlich.

45 Rückforderung von Weiterbildungskosten

Die Rückforderung von Weiterbildungskosten ist im Streitfall im Klageverfahren vor Verwaltungsgericht geltend zu machen, wenn ein (öffentlich-rechtliches) Anstellungsverhältnis vertraglicher Natur ist und die kommunalen Personalerlasse in Bezug auf die Regelung der Beteiligung an Weiterbildungskosten und deren Rückerstattung keine Verfügungskompetenz (der Anstellungsbehörde) vorsehen.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 2. November 2016 in Sachen A. gegen Gemeinderat B. (WBE.2016.357).

Aus den Erwägungen

II.

tistik bezieht sich auf Kalendertage; Samstage und Sonntage wurden mitgerechnet.

Es leuchtet zwar ohne weiteres ein, dass die Beklagte zur Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebs des Betreibungsamtes auf den uneingeschränkten Einsatz sämtlicher Mitarbeiter des kleinen Teams (mit bis dato maximal 330 Stellenprozenten) angewiesen ist und ein längerfristiger Ausfall des im Vollzeitpensum angestellten Stellvertreters der Leiterin des Betreibungsamtes für die übrigen Mitarbeiter nicht trag- und verkraftbar ist. Das ist jedoch ein organisatorisches Problem, dem nicht mittels Kündigung eines Angestellten mangels Eignung begegnet werden darf, der in Tat und Wahrheit nur vorübergehend (einige Monate) aus gesundheitlichen Gründen an der Arbeitsverrichtung (teilweise) verhindert ist. Überdies weist der Kläger zu Recht darauf hin, dass seine Freistellung während der gesamten Dauer der Kündigungsfrist schlecht zu der von der Beklagten monierten Überlastung der restlichen Teammitglieder passt. Die Stelle des Klägers wurde offenbar gegen Mitte April 2016 neu ausgeschrieben. Deshalb ist nicht zu erwarten, dass für die Zeit vor August 2016 ein Ersatz für den Kläger rekrutiert werden konnte. Zwei Monate später (ab Oktober 2016) wäre der Kläger unter Umständen wieder voll einsatzfähig gewesen.

2.6.3.

Als Zwischenergebnis ist demnach festzuhalten, dass die Beklagte die mangelnde (gesundheitliche) Eignung des Klägers, sich auch zukünftig als Betreibungsbeamter zu betätigen, nicht nachzuweisen vermag. Ein anderer sachlich zureichender Kündigungsgrund im Sinne von § 10 des Reglements für das Personal der Einwohner- und Ortsbürgergemeinde der Stadt B. vom [...] (nachfolgend: Personalreglement) ist ebenso wenig ersichtlich.

Auf S. 4 der Klageantwort beschwert sich die Beklagte über ein mangelhaftes Engagement des Klägers. Trotz grossem Arbeitsanfall habe er per 31. Dezember 2015 einen negativen Gleitzeitsaldo von mehr als 18 Stunden ausgewiesen. Und beim Gespräch vom 5. April 2016 habe er sich in der Annahme, die Arbeit ab Anfang Mai 2016 wieder aufnehmen zu können, danach erkundigt, ob er im Mai 2016 zwei Wochen in die Ferien fahren könne. Es entspreche nicht den

ebenfalls um die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Auflösung des Anstellungsverhältnisses mit einer Burnout-Patientin ging). Dafür gab es schlechterdings keine genügenden Anhaltspunkte.

Darauf, dem Kläger einen Arbeitsversuch zu gewähren, und ihn dadurch einem Praxistest zu unterziehen, hat die Beklagte mit der kurz nach Ablauf der 90-tägigen Sperrfrist (vgl. § 50 GG i.V.m. § 7 PersG und Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) ausgesprochenen Kündigung des Anstellungsverhältnisses und mit der Freistellung des Klägers während der Kündigungsfrist bewusst verzichtet. Entsprechend gibt es keine Erfahrungswerte, welche die von der Beklagten behauptete medizinische Untauglichkeit des Klägers untermauern, die vertraglich vereinbarte Arbeit fortzuführen.

Aus der angeblichen, im Protokoll zum Klinikbesuch vom 11. März 2016 nicht protokollierten Aussage der behandelnden Ärztin, der Kläger entspreche nicht dem Bild, das sie von einem typischen Betreibungsbeamten habe, lässt sich gar nichts im Hinblick auf dessen Eignung für die Funktion eines Betreibungsbeamten ableiten. Wie ernst diese Aussage gemeint war, ist ohnehin fraglich. Aus Sicht des Verwaltungsgerichts gibt es jedenfalls keine uniformen Charaktermerkmale, die den typischen Betreibungsbeamten auszeichnen bzw. bei deren Fehlen auf eine mangelnde Eignung zu schliessen ist. Der Kläger war vor seiner aktuellen Erkrankung über dreieinhalb Jahre lang als Betreibungsbeamter tätig, ohne dass seine Eignung für diese Tätigkeit bis anhin jemals zur Diskussion gestanden hätte. Seine Leistungen waren allem Anschein nach tadellos. Zur Frage, ob eine Wiederaufnahme der Tätigkeit unter gesundheitlichen Gesichtspunkten in Frage kommt, hat sich die behandelnde Ärztin nach dem oben Ausgeführten unmissverständlich (zu Gunsten des Klägers) geäußert.

Was jeweils der Anlass für die früheren, meist nur kurzen Krankheitsabsenzen des Klägers war, ist nicht aktenkundig. Es fehlt somit an einem (hinreichenden) Beweis für eine bereits seit längerer Zeit bestehende Überforderung/Überlastung des Klägers. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger nicht an 227 Arbeitstagen krankheitshalber gefehlt hat. Die von der Beklagten angefertigte Sta-

aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr (hinlänglich) ausüben, stützen könnte, ist wenig bis gar nichts vorhanden (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. August 2014 [A-6509/2013], wonach die Kündigung eines Anstellungsverhältnisses wegen mangelnder medizinischer Tauglichkeit sorgfältig begründet und dokumentiert sein muss). Es existierte im Kündigungszeitpunkt kein Arztbericht oder dergleichen, mit dem sich hätte belegen lassen, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers noch längerfristig andauern würde und an einen substanziellen beruflichen Wiedereinstieg auf absehbare Zeit nicht zu denken war. Aus dem Protokoll des Klinikbesuchs vom 11. März 2016 geht vielmehr hervor, dass die behandelnde Ärztin eine baldige Rückkehr des Klägers an den Arbeitsplatz für möglich hielt. Darin heisst es beispielsweise, dass der Kläger nun mit einer neuen Einstellung (hinsichtlich Verausgabungsbereitschaft, Perfektionismus, hoher Qualitätsanspruch an die eigenen Leistungen) an die Arbeit gehen werde. Wenn man erfolgsversprechend an Verhaltensmustern arbeite, sei die Prognose gut. Der Kläger sei noch jung und der Betrieb klein, was die Sache vereinfache. Es werde für den Kläger auch darum gehen, besser und regelmässiger zu entspannen. Der Kläger fühle sich grundsätzlich sehr wohl am Arbeitsplatz. Das Team sei gut. Heikel seien der Umgang mit schwierigen Klienten und die Geschäftslast. Gestützt auf diese und weitere Feststellungen skizzierte die behandelnde Ärztin den folgenden Ablauf für den Wiedereinstieg des Klägers: ab Anfang Mai 2016 ein Arbeitspensum von 20–30 % im Backoffice des Betreibungsamtes oder an einer anderen Stelle der Stadtverwaltung, bis der Kläger wieder stabiler und belastbarer sein würde; danach eine stufenweise Erhöhung des Pensums um jeweils 10–20 % alle zwei bis drei Wochen, gemäss Empfehlung des nachbetreuenden Arztes. Mit anderen Worten wurde dem Kläger eineinhalb Monate vor dem Kündigungszeitpunkt lediglich eine vorübergehende, regrediente Arbeitsunfähigkeit prognostiziert. In Anbetracht dieser günstigen Prognose sowie dessen, dass der Kläger im Kündigungszeitpunkt noch keine vier Monate krankgeschrieben war, war es nicht gerechtfertigt, bereits damals von einer dauerhaften, hochgradigen Arbeitsunfähigkeit infolge einer psychischen Erkrankung auszugehen (vgl. BVG 2007/34, Erw. 7.3.2, wo es

geprägt sei. Es sei auch nicht möglich, den Kläger vom Schalterdienst zu befreien. Dafür sei das Betreibungsamt schlicht zu klein. Die Arbeitslast werde nicht spürbar abnehmen. Der Stellenetat werde laufend an die Geschäftslast (Anzahl Zahlungsbefehle) angepasst. Bereits im Jahr 2015 hätten dem Betreibungsamt 300 Stellenprozente zur Verfügung gestanden; im Jahr 2016 sei auf 330 Stellenprozente aufgestockt worden. 240 oder noch weniger Stellenprozente seien es letztmals im Jahr 2001 gewesen. In einem kleinen Team wie demjenigen des Betreibungsamtes der Einwohnergemeinde B. würden fortwährende oder längere Krankheitsabsenzen des Klägers die Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebs, wozu die Gemeinde gegenüber dem Kanton, den Gläubigern und den Schuldnern verpflichtet sei, ernsthaft gefährden. Abgesehen davon habe die behandelnde Ärztin geäußert, von seinem Wesen her sei der Kläger für sie nicht der "klassische" Betreibungsbeamte. Wenn sie aus einer bestimmten Anzahl von Männern den Typ "Betreibungsbeamter" eruieren müsste, fiel ihre Wahl zuletzt auf den Kläger. Und der Kläger selber habe beim Gespräch vom 11. März 2016 angegeben, er fühle sich sehr schlecht und bekomme Schweissausbrüche, wenn er nur daran denke, die Arbeit (zunächst mit einem kleinen Teilzeitpensum) wieder aufnehmen zu müssen.

2.6.2.

Die letztgenannte, vom Kläger an der Verhandlung vor Verwaltungsgericht nicht rundweg abgestrittene Aussage betreffend Schweissausbrüche steht zwar in einem gewissen Widerspruch zum Grundtenor der Klageschrift, worin die optimistische Haltung des Klägers zum Ausdruck kommt, er hätte ab Anfang Mai 2016 wieder ein kleines Teilzeitpensum übernehmen und dieses sukzessive ausbauen können, bis hin zur vollständigen Reintegration im Oktober 2016. Man muss jedoch diese isolierte Aussage im Kontext sehen – der Kläger war am 11. März 2016 noch rekonvaleszent – und darf sie nicht überbewerten. Daraus den Schluss zu ziehen, der Kläger sei aus medizinischen Gründen unfähig, je wieder als Betreibungsbeamter zu arbeiten, wäre verfehlt.

An medizinischem Datenmaterial, welches den Standpunkt der Beklagten, der Kläger könne die Funktion des Betreibungsbeamten

44 Kündigung aufgrund mangelnder Eignung

Damit eine (psychische) Erkrankung als sachlicher Kündigungsgrund (mangelnde Eignung) angerufen werden kann, muss es sich um eine dauerhafte Erkrankung handeln, welche die Ausübung der bisherigen Funktion über einen längeren Zeitraum hinweg massgeblich beeinträchtigt, wofür der Arbeitgeber die Beweislast trägt. Eine Krankheitsabsenz von vier Monaten berechtigt nicht zur Kündigung mangels Eignung, wenn aufgrund der Einschätzung des behandelnden Arztes davon ausgegangen werden muss, dass ein stufenweiser Wiedereinstieg innert absehbarer Frist in Betracht kommt.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 19. Oktober 2016 in Sachen A. gegen Einwohnergemeinde B. (WKL.2016.7).

*Aus den Erwägungen***II.****2.6.****2.6.1.**

Die Beklagte leitet die von ihr behauptete medizinische Unfähigkeit des Klägers, die Funktion des Betreibungsbeamten weiterhin ausüben zu können, nach ihrer Darstellung in der Klageantwort aus den folgenden Umständen ab: Bereits vor seinem Burnout habe sich gezeigt, dass er der psychischen Belastung, denen ein Betreibungsbeamter ausgesetzt sei, nicht gewachsen sei. Ausweislich der Statistik zu seinen Krankheitsabwesenheiten habe er im Zeitraum 2013 bis 31. Mai 2016 an nicht weniger als 227 Arbeitstagen krankheitshalber gefehlt. Beim Klinikbesuch vom 11. März 2016 habe die behandelnde Ärztin nach mehrfacher Nachfrage bestätigt, dass das von ihr diagnostizierte Burnout durch die Belastung am Arbeitsplatz (schwierige Schalterkundschaft, hohe Arbeitslast) hervorgerufen worden sei. Diese Arbeitsplatzsituation lasse sich jedoch nicht zum Wohle des Klägers verändern. Die schwierige Schalterkundschaft gehöre nun einmal zur Arbeit eines Betreibungsbeamten, dessen Arbeitsalltag zudem durch die Einhaltung von Fristen und strukturierten Abläufen

Umständen er die Stelle bei der Beklagten nicht antreten konnte. Relativierend ist anzumerken, dass eine eher kurze Stellvertretung von wenigen Wochen zur Diskussion steht. Auf eine neue Anstellung musste der Kläger nicht besonders lange warten. Per Mitte April 2015 konnte er bereits die Stellvertretung an der Kreisschule C. übernehmen. Im Lichte dessen kann nicht gesagt werden, das unautorisierte Einholen von Referenzen hätte das wirtschaftliche Fortkommen des Klägers nachhaltig erschwert und sein psychisches Wohlergehen erheblich beeinträchtigt. Das Verhalten der Beklagten war auch nicht dazu angetan, den Ruf des Klägers weiter zu schädigen bzw. den Kläger bei weiteren Personenkreisen in Verruf zu bringen. Sie kontaktierte ausschliesslich Stellen, die mit den Problemen des Klägers bezüglich Nähe/Distanz zu Schülerinnen schon vertraut waren. Dabei muss man sich auch vor Augen halten, dass der Kläger der Beklagten kaum hätte verbieten können, Referenzen bei früheren Arbeitgebern einzuholen, ohne dadurch in Erklärungsnotstand zu geraten und die Beklagte misstrauisch zu machen. Alles in allem wiegt deshalb die von der Beklagten gegenüber dem Kläger begangene Persönlichkeitsverletzung auch in objektiver Hinsicht nicht derart schwer, dass sich ein Schmerzensgeld aufdrängen würde. Es besteht folglich kein Anspruch auf Genugtuung, womit auch dem klägerischen Eventualantrag nicht stattgegeben werden kann.

Einen Schadenersatzanspruch aus Persönlichkeitsverletzung bzw. widerrechtlicher Datenbearbeitung macht der Kläger nicht geltend. Nebenbei bemerkt müsste ein solcher Anspruch damit begründet werden, dass dem Kläger ein Schaden durch das unautorisierte Einholen von Referenzen an sich (also nicht durch die Auflösung des Anstellungsvertrags) entstanden ist. Für das Erfüllungsinteresse (in Form von Lohn- und/oder Entschädigungszahlungen) bleibt deshalb auch hier kein Raum.

renzen einholen oder sich mit (...) in Verbindung setzen", tatsächlich um eine Weisung, oder vielmehr um eine Empfehlung handelte, ist offen. Jedenfalls wurde die Beklagte nicht angewiesen, ohne Einwilligung des Klägers zu handeln. Auf Zeitmangel kann sich die Beklagte nicht berufen, nachdem sie es versäumt hat, noch vor Vertragsabschluss Referenzen über den Kläger einzuholen. Obendrein leuchtet nicht ein, weshalb es zu viel Zeit gekostet hätte, den Kläger um seine Einwilligung zu bitten. Hätte er diese verweigert, hätte die Beklagte immer noch ihr Interesse an der sorgfältigen Abklärung der Eignung des Klägers als Rechtfertigungsgrund für eine Datenbearbeitung anrufen können. Ihr klandestines Vorgehen war unter keinen Umständen angezeigt, zumal dem Kläger dadurch die Kontrolle über ihn betreffende, hochsensible und womöglich nicht einmal gesicherte Informationen vollständig entzogen war. Korrekterweise hätten sich die früheren Arbeitgeber des Klägers weigern müssen, ohne ausdrückliche und hinreichend dokumentierte Zustimmung des Klägers Referenzauskünfte zu erteilen. Dass sie es nicht getan haben, entband die Beklagte nicht davon, sich um die Zustimmung des Klägers zu bemühen. Es war ihre Aufgabe, nicht diejenige der angefragten Stellen, sich die Einholung und Erteilung von Referenzen vom Kläger autorisieren zu lassen. Weil sie dies unterlassen hat, hat sie durch eine unrechtmässige Datenbeschaffung den Kläger in seiner Persönlichkeit verletzt. Dem tut das fehlende Unrechtsbewusstsein bzw. die fehlende Rechtskenntnis der beklagten Vertreter kein Abbruch.

3.5.

Das Vorliegen einer (widerrechtlichen) Persönlichkeitsverletzung allein begründet jedoch noch keinen Genugtuungsanspruch nach Art. 49 OR. Ein solcher setzt zusätzlich objektiv eine gewisse Schwere der Persönlichkeitsverletzung und subjektiv beim Arbeitnehmer eine ausreichend starke moralische Unbill voraus, die es als legitim erscheinen lässt, dass sich die betroffene Person an den Richter wendet, um eine Genugtuung zu erhalten (vgl. Art. 49 Abs. 1 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328 N 19 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Vor allem an einer ausreichend starken moralischen Unbill fehlt es im vorliegenden Fall. Den Kläger mag es geschmerzt haben, dass und unter welchen

gleichbare Regelung enthält, ist nicht ganz klar, aufgrund des Wortlautes der §§ 8 Abs. 2, 13 Abs. 2 und 14 Abs. 2 jedoch anzunehmen. Auf jeden Fall ist über § 4 Abs. 3 GAL ("Die Minimalansprüche zum Schutz der Lehrpersonen entsprechen denjenigen des Schweizerischen Obligationenrechts und sind in jedem Fall einzuhalten. Vorbehalten bleiben Bestimmungen in diesem Gesetz.") und Art. 328b OR, der für die Bearbeitung von Personendaten auf das DSG verweist, sichergestellt, dass auch über im Kanton Aargau tätige Lehrpersonen, obwohl der persönliche Geltungsbereich des DSG auf Privatpersonen und Bundesorgane beschränkt ist (Art. 2 Abs. 1 DSG), keine unautorisierten Referenzen bei früheren Arbeitgebern eingeholt werden dürfen, solange kein besonderer Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt.

3.3.

Die Beklagte meint, die Einholung von Referenzen bei früheren Arbeitgebern des Klägers sei rechtens gewesen. Schliesslich sei sie vom BKS dazu angewiesen worden und verpflichtet, Anordnungen der vorgesetzten Stelle zu befolgen. Die Zeit habe sehr gedrängt. Die Weisung des BKS sei kurz vor Beginn der Stellvertretung erfolgt. Davon abgesehen müsse die Eignung von Lehrpersonen sorgfältig abgeklärt werden, um präventiv Probleme zu vermeiden. Die Referenzauskünfte hätten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag des Klägers gestanden. Keine der angefragten Stellen habe in irgendeiner Art verlauten lassen, dass der Erteilung von Referenzauskünften über die Gründe der Auflösung der Anstellungsverhältnisse mit dem Kläger etwas entgegenstehen könnte oder der Kläger seine Zustimmung zur Erteilung von Referenzauskünften verweigert habe. Die Beklagte habe deshalb davon ausgehen dürfen, dass ihr Vorgehen korrekt gewesen sei.

3.4.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Genau so wenig wie die Beklagte wäre das BKS befugt, ohne Einwilligung des Arbeitnehmers Referenzen bei früheren Arbeitgebern einzuholen oder Entsprechendes anzuordnen. Ob es sich bei der Feststellung in der E-Mail einer BKS-Mitarbeiterin vom 15. Januar 2015, "Ich habe die Order erhalten, dass wenn Sie Herrn A. anstellen möchten, unbedingt Refe-

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 19. Oktober 2016 in Sachen A. gegen Kreisschule B. (WKL.2016.1).

Aus den Erwägungen

II.

3.

3.1.

Im Eventualpunkt möchte der Kläger eine Genugtuung dafür erhältlich machen, dass die Beklagte nach dem Vertragsabschluss ohne sein Einverständnis Referenzen bei früheren Arbeitgebern eingeholt hat.

3.2.

Gemäss § 16 Abs. 1 GAL achtet und schützt die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber die Persönlichkeit der Lehrpersonen. Die in dieser Norm zum Ausdruck kommende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gilt zwar im vorvertraglichen Stadium der Stellenbewerbung grundsätzlich nicht; sie gelangt erst ab (gültig) erfolgtem Vertragsabschluss, teilweise auch erst ab Stellenantritt zur Anwendung. Eine Vorwirkung der Schutz- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers besteht aber immerhin im Bereich der Datenbearbeitung (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 328 N 21). Für den Umgang mit Personendaten verweist § 16 Abs. 4 GAL auf das IDAG. Das Einholen und Erteilen von Referenzen sind Datenbearbeitungen, die den Beschränkungen der Datenschutzgesetzgebung unterliegen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 8). Aus Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG, wonach besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile Dritten nicht ohne Rechtfertigungsgrund bekanntgegeben werden dürfen, wird abgeleitet, dass Referenzen nur noch mit Zustimmung des Arbeitnehmers eingeholt und erteilt werden dürfen, da sie in aller Regel eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit des Arbeitnehmers erlauben und damit ein Persönlichkeitsprofil des Arbeitnehmers darstellen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 8). Ob das IDAG eine ver-

ordnete Rolle, soweit Art. 336c Abs. 2 OR als öffentliches Recht des Kantons Aargau zur Anwendung gelangt, steht doch hier dem erkrankten bzw. verunfallten Arbeitnehmer ein deutlich besserer Lohnfortzahlungsanspruch zu als nach dem Obligationenrecht (vgl. Erw. II/6). Zudem bewirkt in Fällen wie dem vorliegenden jede Verlängerung der Kündigungsfrist eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers, da eine Kündigung nur per Ende Schulhalbjahr zulässig ist. Der teleologischen Auslegung zugunsten des Arbeitnehmers kommt insofern ein deutlich geringeres Gewicht zu, als ihr allenfalls im Privatrecht zuzubilligen ist.

Daraus folgt, dass Art. 336c Abs. 2 OR jedenfalls insofern, als die Norm als öffentliches kantonales Recht zur Anwendung gelangt, primär anhand des Wortlauts auszulegen ist. Dieser legt es nahe, dass die Sperrfrist einheitlich stets mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen beginnt, und zwar unabhängig davon, ob die Kündigungsfrist bereits läuft oder nicht. Dies entspricht im Übrigen der herrschenden Lehre zu Art. 336c Abs. 2 OR. Konsequenterweise kann, sofern die Kündigung entsprechend vorzeitig erfolgt, unter Umständen die Sperrfrist bereits abgelaufen sein, bevor die Kündigungsfrist überhaupt zu laufen anfängt.

43 Referenzauskunft; Genugtuung

Im Bewerbungsverfahren dürfen keine (vom Stellenbewerber) nicht autorisierten Referenzauskünfte bei früheren Arbeitgebern eingeholt werden, solange kein besonderer Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt. Dieser Grundsatz gilt kraft des Verweises in § 4 Abs. 3 GAL i.V.m. Art. 328b OR auf Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG auch für im Kanton Aargau tätige Lehrpersonen, selbst wenn der Schutz des kantonalen Datenschutzes (IDAG) weniger weit reichen sollte. Für die Zusprechung einer Genugtuung wog jedoch die Persönlichkeitsverletzung im konkreten Fall zu wenig schwer.

wie Krankentaggeldversicherung für weitere 18 Monate; § 19 f. LDLP). Diese Besserstellung zeigt sich auch am Ende eines Anstellungsverhältnisses. So ist es nach der OR-Regelung ohne weiteres denkbar, dass infolge einer verlängerten Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis noch andauert, dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer jedoch kein Lohnanspruch mehr zusteht; gemäss dem kantonalen öffentlichen Recht ist eine derartige Konstellation jedoch weitgehend ausgeschlossen. Diese grundsätzlich deutliche finanzielle Besserstellung des erkrankten bzw. verunfallten öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmers spricht dagegen, in der vorliegenden Streitfrage bzw. bei der Auslegung von Art. 336c OR als kantonales öffentliches Recht dem Arbeitnehmerschutz ein zusätzliches Gewicht einzuräumen; diesem Gedanken wurde schon mit der grosszügigen Lohnfortzahlungspflicht Rechnung getragen.

Hinzu kommt, dass eine teleologische Auslegung, welche sich primär nach dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes richtet, bei kantonalen Lehrpersonen auch deshalb kaum gerechtfertigt ist, weil ihnen bereits ab dem zweiten Anstellungsjahr bloss auf Ende eines Schulhalbjahres gekündigt werden darf (§ 10 Abs. 4 GAL). Jede Verlängerung der Kündigungsfrist ist daher für den Arbeitgeber mit massiven Konsequenzen verbunden, weshalb auch seine Interessen adäquat zu berücksichtigen sind.

7.

Insgesamt ergibt sich Folgendes: Der Wortlaut von Art. 336c Abs. 2 OR spricht grundsätzlich dafür, dass die Sperrfrist auch dann mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen beginnt (und unter Umständen auch bereits ablaufen kann), wenn die Kündigung zwar bereits ausgesprochen wurde, die Kündigungsfrist jedoch noch gar nicht läuft. Eine teleologische Auslegung von Art. 336c Abs. 2 OR spricht, soweit die Norm allein als privatrechtliche Bestimmung verstanden wird, tendenziell eher dagegen, dass die Sperrfrist schon vor der Kündigungsfrist zu laufen beginnen kann. Allerdings orientiert sich diese Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm an der Überzeugung, aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes dürfe die Sperrfrist weder ganz noch teilweise vor Beginn der Kündigungsfrist konsumiert werden. Genau diese Überlegung spielt indessen eine unterge-

Explizit zur Frage, ob die Sperrfrist vor Beginn der Kündigungsfrist nicht nur zu laufen anfangen, sondern unter Umständen auch ablaufen kann, äussert sich (soweit ersichtlich) nur eine Literaturstelle: "War die Arbeitnehmerin wegen einer Diskushernie 65 Tage im Spital, so wäre sie bei einem Rückfall und einer Sperrfrist von 90 Tagen noch während 25 Tagen gegen eine Kündigung geschützt bzw. würde eine bereits laufende Kündigungsfrist um weitere 25 Tage unterbrochen. **Damit ist auch gesagt, dass der Schutz durch die Sperrfrist bereits vor der Kündigung konsumiert werden kann (...)**" (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c OR N 4; Hervorhebung im vorliegenden Urteil).

Eine gegenteilige Lehrmeinung zum Beginn der Sperrfrist vertritt FRANK EMMEL (Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse 2. Teil, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 336c OR N 2): "Auf diese Weise lösen insbesondere Arbeitsunfähigkeiten, die nach Zugang der Kündigung, aber vor Beginn dieser Kündigungsfrist eintreten, bis zu diesem Beginn noch keine Sperrfristen aus (gegenteilig jedoch BGE 131 III 467, Erw. 2.1)."

6.

Für den vorliegenden Fall ist zusätzlich zu den vorstehenden Erwägungen Folgendes von entscheidender Bedeutung: Gemäss § 7 GAL gelten die subsidiär anwendbaren Normen des Obligationenrechts als kantonales öffentliches Recht. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass dort, wo durch Verweis im kantonalen öffentlichen Recht ergänzend die Bestimmungen des Obligationenrechts zur Anwendung gelangen, diese Bestimmungen zum öffentlichen Recht des betreffenden Gemeinwesens werden. Entsprechend ist in diesen Fällen das Privatrecht nach den Regeln des kantonalen öffentlichen Rechts anzuwenden und auszulegen (Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2011 [8C_294/2011], Erw. 3.4 mit zahlreichen Hinweisen).

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass das kantonale öffentliche Recht im Gegensatz zum Obligationenrecht (vgl. Art. 324a OR bzw. die hierzu entwickelte Berner, Zürcher und Basler Skala) eine bedeutend grosszügigere Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers kennt (Lohnfortzahlung von 6 Monaten so-

- CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Basel 2005, S. 253, Fall 2.
- "Fällt (...) die Sperrfrist teilweise in die Kündigungsfrist, so verlängert sich diese entsprechend (...)" (JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2014, Art. 336c OR N 7c).
- "Damit Art. 336c zur Anwendung kommt, muss sich ein in Absatz 1 genannter Tatbestand zum Zeitpunkt der Kündigung oder während der Kündigungsfrist verwirklicht haben" (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c OR N 2 sowie N 3/Beispiel C. Wesentlich ist jedoch auch das Beispiel B, wonach die Arbeitsunfähigkeit nach der Kündigung eintritt und vor Beginn der Kündigungsfrist beendet ist. In diesem Zusammenhang wird ausgeführt: "[...] Sperrfrist tangiert Kündigungsfrist nicht [...]." Diese Aussage belegt, dass nach Meinung der Autoren eine Sperrfrist tatsächlich lief bzw. diese nicht erst zu laufen beginnt, wenn sie mit der Kündigungsfrist zusammenfällt).
- "Auszugehen ist stets vom 'ursprünglichen' Endtermin, d.h. vom Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis geendet hätte, wenn kein Sperrtatbestand eingetreten wäre. Von diesem Zeitpunkt aus ist durch 'Zurückrechnen' zu ermitteln, wieviele Tage der Kündigungsfrist beim Eintritt des Sperrtatbestandes noch nicht abgelaufen waren" (ANDREA TARNUTZER-MÜNCH, in: PETER MÜNCH/MARKUS MERZ [Hrsg.], Stellenwechsel und Entlassung, 2. Auflage, Basel 2012, N 2.52).
- "Die Kündigungsfrist wird unterbrochen, solange sie sich mit der Sperrfrist überschneidet" (ROLF A. TOBLER/CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/DANIELA GULLO EHM, Arbeitsrecht, Lausanne 2006, Art. 336c OR N 2.5).

nung vom Kündigungsendtermin aus festlegt wird, hielt das Bundesgericht Folgendes fest (BGE 115 V 437, Erw. 3b f.):

(Wiedergabe von BGE 115 V 437, Erw. 3b und c)

Gestützt auf diese Erwägungen könnte der Schluss gezogen werden, Art. 336c Abs. 2 OR sei so auszulegen, dass bei einer vorzeitigen Kündigung eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bzw. Unfall nur dann eine Sperrfrist auszulösen vermag, wenn die Kündigungsfrist bereits zu laufen begonnen hat; andernfalls beginnt die Sperrfrist erst, wenn und soweit die Arbeitsunfähigkeit in die Kündigungsfrist fällt.

Gleichzeitig gilt es indessen darauf hinzuweisen, dass eine Regelung, wonach die Sperrfrist stets mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen beginnt (also unabhängig davon, ob die Kündigungsfrist bereits läuft oder nicht), für den Arbeitgeber einen gewissen Anreiz darstellen kann, eine Kündigung möglichst früh zu kommunizieren. Dies dürfte aber auch im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer liegen, damit sie frühzeitig die Stellensuche organisieren können.

5.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich keine Aussagen in Bezug auf den Beginn der Sperrfrist finden, wenn die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall nach der Kündigung und vor Beginn der Kündigungsfrist eintritt. In der Lehre wird überwiegend die Auffassung vertreten, auch bei dieser Konstellation löse der Eintritt der Arbeitsunfähigkeit die Sperrfrist aus; die Kündigungsfrist werde aber bloss unterbrochen, wenn und soweit die Arbeitsunfähigkeit in die Kündigungsfrist falle:

- "Die Kündigungserklärung geht dem Arbeitnehmer vor Beginn der Sperrfrist zu; die Kündigungsfrist reicht aber in die Sperrfrist hinein, d.h., die Sperrfrist beginnt erst nach erfolgtem Zugang der Kündigung, dauert aber während der noch laufenden Kündigungsfrist. In diesem Fall ist die Kündigung als solche gültig. Jedoch verlängert sich die Kündigungsfrist mindestens um die Dauer der hineinragenden Sperrfrist" (ADRIAN STÄHELIN, in: Zürcher Kommentar, Teilband V 2c, 4. Auflage, Zürich 2013, Art. 336c OR N 19).

Die so verstandene Bedeutung von Art. 336c Abs. 2 OR erscheint in all jenen Konstellationen unproblematisch, in denen der Arbeitnehmer (erst) innerhalb der Kündigungsfrist erkrankt oder verunfallt. Demgegenüber lässt sich mit Fug die Frage stellen, ob der Wortlaut der Bestimmung auch jene Fälle erfasst, wo die Kündigung bereits erfolgt ist, die Arbeitsunfähigkeit jedoch vor Beginn der Kündigungsfrist eintritt. Allerdings hätte eine Auslegung, wonach dieser Sachverhalt nicht von Art. 336c Abs. 2 OR erfasst wird, den Makel, dass je nach Zeitpunkt der Kündigung der Beginn der Arbeitsunfähigkeit einmal die Sperrfrist auslöst (wenn er in die Kündigungsfrist fällt; dasselbe im Übrigen auch, wenn er vor der Kündigung erfolgt) und einmal nicht (wenn er in die Zeit zwischen Kündigung und Beginn der Kündigungsfrist fällt). Für eine derartige unterschiedliche Behandlung bietet der Wortlaut von Art. 336c Abs. 2 OR nicht den geringsten Anhaltspunkt.

4.3.

Aus der systematischen Stellung von Art. 336c Abs. 2 OR und der historischen Auslegung ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, ob bei einer vorzeitigen Kündigung die Sperrfrist mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit oder erst später (mit Beginn der Kündigungsfrist) zu laufen beginnt. Insbesondere die Gesetzesmaterialien enthalten keine hilfreichen Hinweise zur Beantwortung der vorliegenden Streitfrage.

4.4.

Art. 336c Abs. 1 und 2 OR wollen den Arbeitnehmer in einer Periode, in der er in aller Regel keine Chance bei der Stellensuche hat und von einem Arbeitgeber in Kenntnis der Arbeitsverhinderung nicht angestellt würde, vor dem Verlust seiner Arbeit schützen (siehe statt vieler ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Art. 336c N 2). Sinn und Zweck von Art. 336c OR liegen somit darin, dass dem Arbeitnehmer eine bessere Chance geboten wird, die neue Stelle gesund anzutreten, und dass sich zwischen dem alten und neuen Arbeitsverhältnis nach Möglichkeit kein Unterbruch ergeben soll.

Im Zusammenhang mit der Frage, ob die Kündigungsfrist bei einer vorzeitigen Kündigung mit Zugang der Kündigung zu laufen beginnt oder ob der Anfang der Kündigungsfrist durch Rückrech-

Sperrfrist von 90 Tagen habe spätestens am 28. November 2013 zu laufen begonnen und damit spätestens am 25. Februar 2014 geendet. Folglich sei zu Beginn der Kündigungsfrist, laufend ab 30. April 2014, die Sperrfrist bereits abgelaufen gewesen und habe keine Auswirkungen mehr zeitigen können. Ein Aufschub des Kündigungstermins sei nur möglich, wenn im Zeitpunkt der Kündigungsfrist überhaupt noch eine Sperrfrist laufe, was im vorliegenden Fall nicht zutreffe.

4.

4.1.

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 133 V 9, Erw. 3.1 mit Hinweisen; vgl. auch AGVE 2003, S. 191 f. mit Hinweisen).

4.2.

Gemäss Art. 336c Abs. 2 OR wird der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt, wenn die Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt ist, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen ist. Wie der Beklagte zu Recht festhält, lässt dieser Wortlaut darauf schliessen, dass die Sperrfrist grundsätzlich durch Eintritt der (durch Krankheit oder Unfall verursachten) Arbeitsunfähigkeit ausgelöst wird.

Kündigung dagegen vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR).

2.2.

Die Sperrfrist für die Klägerin, welche seit dem 1. Februar 2011 als Lehrperson bei der Beklagten tätig war, betrug gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR 90 Tage.

2.3.

In concreto betrug die Kündigungsfrist gemäss Vertrag und Gesetz drei Monate. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung beginnt die Kündigungsfrist nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen, sondern ist durch Rückrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen (BGE 134 III 354, Erw. 2 f. mit Hinweisen). Der Beklagte kündigte der Klägerin mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 auf den 31. Juli 2014. Somit begann die dreimonatige Kündigungsfrist am 1. Mai 2014 zu laufen.

3.

3.1.

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie sei in der massgebenden dreimonatigen Kündigungsfrist vom 1. Mai bis zum 31. Juli 2014 krank gewesen, und zwar vom Beginn weg bis und mit dem 19. (recte: 18.) Juli 2014. Die Kündigungsfrist sei dementsprechend unterbrochen worden bzw. habe erst am 19. Juli 2014 zu laufen begonnen und Anfang Oktober 2014 geendet. Da gemäss Anstellungsvertrag vom 21. Mai 2013 und gemäss § 10 Abs. 4 GAL eine Kündigung ab dem 2. Anstellungsjahr nur auf das Ende eines Schulhalbjahrs möglich sei, sei gestützt auf Art. 336c Abs. 3 OR die Kündigung erst per 31. Januar 2015 wirksam geworden. Damit habe auch die Lohnfortzahlung bis zu diesem Zeitpunkt zu erfolgen. Die Krankheitstage vor Beginn der Kündigungsfrist würden "keine Rechtswirkung" entfalten.

3.2.

Der Beklagte argumentiert demgegenüber, dass das Anstellungsverhältnis zwischen der Klägerin und ihm per 31. Juli 2014 beendet worden sei. Die durch die Krankheit der Klägerin ausgelöste

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Die Klägerin wurde per 1. Februar 2011 als Lehrperson beim Beklagten unbefristet angestellt. Am 28. Oktober 2013 kündigte die Kreisschulpflege das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin im Rahmen der Umstellung von 5/4 (5 Jahre Primarstufe, 4 Jahre Oberstufe) auf 6/3 aus organisatorischen Gründen per 31. Juli 2014.

Die Klägerin war, wie aus den eingereichten Arztzeugnissen ersichtlich, vom 28. November 2013 – 20. Dezember 2013, vom 6. Januar 2014 – 20. Januar 2014 sowie vom 8. Februar 2014 – 5. Juli 2014 vollumfänglich (100% arbeitsunfähig) sowie vom 5. Juli 2014 – 18. Juli 2014 teilweise krankgeschrieben (60% arbeitsunfähig). Seit dem 19. Juli 2014 ist die Klägerin wieder voll arbeitsfähig.

1.2.

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, wie lange die Lohnzahlungspflicht des Beklagten dauerte. Dies hängt letztlich davon ab, ob das Anstellungsverhältnis der Klägerin per 31. Juli 2014 endete oder ob sich ihre Anstellung infolge Krankheit bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin verlängerte. Die Rechtmässigkeit der am 28. Oktober 2013 erfolgten Kündigung wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt.

2.

2.1.

Die Beurteilung, wann das Anstellungsverhältnis der Klägerin endete, richtet sich nach § 7 GAL in Verbindung mit Art. 336c OR. Gemäss dieser Bestimmung darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen nicht kündigen, sofern die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Eine während einer solchen Sperrfrist erklärte Kündigung ist nichtig; ist die

gene Arbeit ist davon direkt betroffen", "meine Stellvertretung ist klar geregelt") gleichwohl schon vor dem Dienstantritt ihrer neuen Vorgesetzten nicht gewesen sein.

8.5.3.

In Würdigung aller massgeblichen Aspekte (das grundsätzlich zu begrüssende Motiv der Beschwerdegegnerin, mit der Versetzung der Beschwerdeführerin einen Arbeitskonflikt zu lösen, ohne dabei auch die Interessen der Beschwerdeführerin ausreichend zu gewichten, die vorübergehende Weiterbeschäftigung mit einem reduzierten Pensum, das fortgeschrittene Alter der Beschwerdeführerin, ihre soziale Lage, das finanzielle Ungleichgewicht zwischen den Parteien, das über einen langen Zeitraum mehrheitlich klaglose Verhalten der Beschwerdeführerin, ein gewisses Mitverschulden der Beschwerdeführerin am Arbeitskonflikt mit der Vorgesetzten, der letztlich zur Änderungskündigung geführt hat), erscheint es angezeigt, der Beschwerdeführerin – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 18'245.00 (entsprechend 3 Monatslöhnen bei einem Jahreslohn von Fr. 72'979.90) zuzusprechen.

42 Beginn der Sperrfrist bei vorzeitiger Kündigung

Die Sperrfrist nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR beginnt mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen, unabhängig davon, ob die (vom Kündigungstermin zurückzurechnende) Kündigungsfrist zu diesem Zeitpunkt bereits läuft oder nicht. Bei vorzeitiger Kündigung kann die Sperrfrist somit konsumiert werden, bevor die Kündigungsfrist überhaupt zu laufen beginnt. Das gilt jedenfalls insoweit, als Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR (gestützt auf § 7 GAL) als kantonales öffentliches (Personal-)Recht (für Lehrpersonen) anwendbar sind. In diesem Anwendungsbereich erheischen Gründe des Arbeitnehmerschutzes keine Verlängerung der Kündigungsfrist infolge Arbeitsunfähigkeit.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 22. April 2015 in Sachen A. gegen Gemeindeverband B. (WKL.2015.9).

das (nachgewiesene) Mitverschulden der Beschwerdeführerin nicht sehr gross war und ihr gestützt auf die vorliegenden Akten nicht die Hauptverantwortung für den Arbeitskonflikt zugeschoben werden darf, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Mitverschulden entschädigungsmindernd berücksichtigt hat. Das entspricht konstanter Rechtsprechung.

Weniger einheitlich ist die Rechtsprechung mit Bezug auf die Frage, ob die Dauer der Anstellung bei der Bemessung der Entschädigung in jedem Fall zwingend berücksichtigt werden muss (vgl. BGE 123 III 246, Erw. 6b; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 3). Als offensichtlich unbillig und in stossender Weise ungerecht erscheint indessen die Nichtberücksichtigung der Anstellungsdauer der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz schon deshalb nicht, weil diese mit rund zehn Jahren (im Kündigungszeitpunkt) noch nicht als besonders lang bezeichnet werden kann. Entschädigungserhöhend wirkte sich die Anstellungsdauer in Präzedenzfällen vor allem dann aus, wenn ein über mehrere Jahrzehnte dauerndes Arbeitsverhältnis zur Debatte stand (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 4).

Unbillig wäre es hingegen, neben dem Mitverschulden der Beschwerdeführerin am entstandenen Arbeitskonflikt mit ihrer Vorgesetzten im Sinne einer ausgewogenen Optik nicht auch die Tatsache in Betracht zu ziehen, dass ihr Verhalten bis zum Dienstantritt ihrer neuen Vorgesetzten per Anfang Juni 2012 – soweit aus den Akten ersichtlich – wenig Anlass zu Tadel gegeben hat. Die Beschwerdeführerin scheint übers Ganze gesehen eine angenehme Mitarbeiterin gewesen zu sein. Eigentliche Probleme gab es erst in den letzten vier Monaten ihrer Zeit im Weiterbildungssekretariat in D., wobei das Verständnis ihrer Vorgesetzten für bestimmte Verhaltensweisen und Bedürfnisse der Beschwerdeführerin auch nicht sehr ausgeprägt war. Vollkommen klaglos kann das Verhalten der Beschwerdeführerin mit Blick auf die bei früheren Mitarbeiterbeurteilungen formulierten Verhaltensziele ("bessere Integration ins Team", "durch meine verlässliche Anwesenheit, Hilfsbereitschaft und persönliche Organisation helfe ich mit, dass das Sekretariatsteam konfliktfrei funktioniert", "die Arbeitsweise von Kolleginnen kritisiere ich nicht, es sei denn, die ei-

es die Beschwerdegegnerin nur darauf abgesehen hätte, der Beschwerdeführerin zu schaden, darf jedoch aufgrund der gesamten Umstände nicht angenommen werden. Richtschnur für ihr Verhalten war für die Beschwerdegegnerin die Lösung eines Arbeitskonflikts, also alles andere als ein niedriger Beweggrund. Allerdings hat die Beschwerdegegnerin die sich gegenüberstehenden Interessen der Konfliktparteien nicht sorgfältig genug gegeneinander abgewogen und dadurch das Verhältnismässigkeitsprinzip missachtet. Es wäre insofern verfehlt, von einem besonders hohen Grad von Missbräuchlichkeit zu sprechen. Gering war der Grad der Missbräuchlichkeit angesichts der einseitigen Bevorzugung der Interessen der Vorgesetzten der Beschwerdeführerin aber auch nicht, weshalb es unrichtig wäre, diesen Faktor entschädigungsmindernd zu berücksichtigen. Er darf nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ins Gewicht fallen, umgekehrt aber auch nicht zum Anlass genommen werden, bei der Bemessung der Entschädigung nahe an die Obergrenze zu gehen.

Beizupflichten ist der Beschwerdeführerin darin, dass die Bereitschaft der Beschwerdegegnerin, sie mit einem 50 %-Pensum zu beschäftigen, nicht sehr nachhaltig war. Davon zeugt die Zielvereinbarung vom Januar 2014, mit welcher die Beschwerdeführerin u.a. angehalten wurde, sich nach einer neuen Stelle umzuschauen. Immerhin war die Beschwerdeführerin mit einer vorübergehenden Weiterbeschäftigung mit reduziertem Beschäftigungsgrad in jeder Hinsicht bessergestellt, als wenn sie ihre Stelle schon per Ende November 2013 ganz verloren hätte. Das darf durchaus zum Anlass genommen werden, die Entschädigung geringer zu bemessen, als wenn eine Vollkündigung zu beurteilen wäre.

Es steht ausser Diskussion und beruht nicht auf einer willkürlichen Beweiswürdigung der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin das ihrige zum Arbeitskonflikt mit ihrer Vorgesetzten beigetragen hat. Hätte sie sich darum bemüht, die Weisungen ihrer Vorgesetzten betreffend Einhaltung der Mittagspausen und Beteiligung am Telefon- und Schalteredienst von Anfang an strikter zu befolgen, so wäre es mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zu der verfahrenen Situation gekommen, basierend auf welcher die Vorgesetzte der Beschwerdeführerin deren Versetzung nach B. durchsetzen konnte. Auch wenn

die soziale Lage des Betroffenen bei einer Änderungskündigung in der Regel besser präsentiert, als wenn das Arbeitsverhältnis vollständig aufgelöst worden wäre.

Massgebend für die Berechnung der Entschädigung ist der Bruttolohn ohne Sozialabzüge, da die Entschädigung ihrerseits solchen Abzügen nicht unterliegt, weil sie kein Erwerbseinkommen bildet; regelmässig ausgerichtete Zulagen, z.B. Gratifikationen und der 13. Monatslohn, sind zuzurechnen (STAEHELIN, a.a.O., Art. 336a N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 3; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 336a N 10).

8.3.–8.4. (...)

8.5.

8.5.1.

Bei der Festsetzung der Entschädigung nach Art. 336a OR handelt es sich, wie gesehen (Erw. 8.2 vorne), um einen Ermessensentscheid. Dem Verwaltungsgericht steht in personalrechtlichen Fällen die Ermessensüberprüfung zu.

8.5.2.

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen war die Änderungskündigung sowohl in Bezug auf den Wechsel des Arbeitsortes als auch in Bezug auf die Pensenreduktion sachlich nicht begründet. Nicht damit zu verwechseln ist die für die Beurteilung des Grads der Missbräuchlichkeit der Kündigung relevante Frage, ob der Kündigende trotz festgestellter Widerrechtlichkeit einigermaßen nachvollziehbare Motive hatte oder sein Handeln von gänzlich unlauteren und treuwidrigen Beweggründen bestimmt war. In diesem Zusammenhang kann die Meinung der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe sich geradezu schikanös und böseartig verhalten, nicht geteilt werden. Die Beschwerdegegnerin hat sich vorschnell dazu entschieden, den Arbeitskonflikt zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Vorgesetzten mit der Versetzung nach B. und der anschliessenden Änderungskündigung zu lösen. Dabei hat sie einseitig die Interessen der Vorgesetzten, sich nicht mehr mit einer bedingt anpassungsfähigen Mitarbeiterin befassen zu müssen, in den Vordergrund gerückt und zu wenig auf das vitale Interesse der Beschwerdeführerin am Erhalt ihres Arbeitsplatzes Rücksicht genommen. Dass

übersteigen darf, der dem Lohn der Beschwerdeführerin für sechs Monate entspricht (vgl. Art. 336a Abs. 2 OR). Vorliegend steht aufgrund des Verbots der *reformatio in peius* eine Entschädigung zwischen den der Beschwerdeführerin vorinstanzlich zugesprochenen drei und den von ihr geforderten sechs Monatslöhnen im Streit.

8.2.

Die Entschädigung nach Art. 336a Abs. 2 OR hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch ungerechtfertigte Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Die Höhe der Entschädigung wird vom Gericht nach pflichtgemäsem Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalles festgesetzt und hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers bzw. dem Grad der Missbräuchlichkeit des Motivs des Kündigenden, dem Mass der Widerrechtlichkeit der Entlassung, der Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Gekündigten, der Dauer der Anstellung, dem Alter des Arbeitnehmers, dem bisherigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses, den besonderen Umständen der Kündigung (z.B. besonders rücksichtsloses Vorgehen), den Auswirkungen der Kündigung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere eines allfälligen Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten (BGE 123 III 391; 121 III 64, Erw. 3c; Urteile des Bundesgerichts vom 25. Februar 2014 [8C_620/2013], Erw. 4.1, vom 11. März 2011 [4A_660/2010], Erw. 3.2, vom 16. November 2005 [4C.253/2005], Erw. 2.1, und vom 5. Mai 2003 [4C.67/2003], Erw. 4.3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 3; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 336a N 6 f.; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, a.a.O., Art. 336a N 9 ff.).

Die als Strafzahlung konzipierte Entschädigung stellt weder Lohn noch Schadenersatz (für entgangenen Lohn) dar (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 2). Die Fortführung des Arbeitsverhältnisses kann aber selbstverständlich einen Einfluss auf die Bemessung der Entschädigung haben, indem beispielsweise das Mass der Widerrechtlichkeit bei einer vollständigen Kündigung höher sein dürfte als bei einer Änderungskündigung, oder indem sich

der seinerzeitigen Änderungskündigung möglich sein soll, b) bei einer allfälligen Unrechtmässigkeit eine Entschädigungszahlung analog zu Art. 336a OR geschuldet ist und c) die Entschädigungszahlung maximal sechs Monatslöhne für ein 80%-Pensum beträgt. In Bezug auf die beiden letztgenannten Punkte ist zum einen wesentlich, dass die Beschwerdeführerin – anders als vor den Vorinstanzen – ausschliesslich eine Entschädigungszahlung verlangt. Zum anderen erklärte die Beschwerdegegnerin ausdrücklich, das Verwaltungsgericht solle, sofern es die Änderungskündigung als widerrechtlich erachte, eine Entschädigung analog zu Art. 336a OR festlegen. Gegen die von der Vorinstanz auf drei Monatslöhne à 80 % festgesetzte Entschädigung hat sie ihrerseits keine Beschwerde erhoben. Schliesslich wäre eine Beschränkung auf maximal sechs Monatslöhne à 30 % insofern schwer nachvollziehbar, als sich die Änderungskündigung primär auf den Arbeitsort bezog bzw. die Pensenreduktion letztlich bloss eine Folge der Änderung des Arbeitsortes war.

Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Beschwerdeantwort fest, die "Entschädigung muss aber im Verhältnis der effektiven Kündigung von 30 % angepasst werden, weshalb die Entschädigung auf 30 % von drei Monatslöhnen zu beschränken wäre." Diese Äusserung steht den obigen Darlegungen nicht entgegen, sondern ist (insbesondere aufgrund der zitierten Aussage der Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort) so zu verstehen, dass die Entschädigung innerhalb des Rahmens von null bis sechs Monatslöhnen à 80 % auf maximal drei Monatslöhne à 30 % zu beschränken sei.

4.–7. (Prüfung und Verneinung eines sachlichen Grundes für die Änderungskündigung)

8.

8.1.

Als Folge der ohne "wesentlichen" respektive sachlich zureichenden Kündigungsgrund ausgesprochenen und damit unrechtmässigen Änderungskündigung hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Entschädigung, die sich kraft des Verweises in Ziff. 1.3 Abs. 3 GAV FHNW und mangels einer spezifischen anderslautenden Regelung in Ziff. 3.10 GAV FHNW nach den Bestimmungen des OR über die missbräuchliche Kündigung bemisst und den Betrag nicht

strecken. Am 25. Juni 2013 fällte der Vizepräsident der FHNW den folgenden Zwischenentscheid:

"Angesichts der seit der Änderungskündigung vergangenen Zeit heisse ich eine Fristverlängerung für die Unterzeichnung des neuen Arbeitsvertrages bis zum 3. Juli 2013 gut. Eine weitergehende Fristverlängerung bis 10 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids betreffend Rechtmässigkeit der Kündigung lehne ich ab. Selbstverständlich steht die Unterzeichnung des neuen Arbeitsvertrages durch Frau A. unter dem Vorbehalt, dass der bisherige Arbeitsvertrag rechtmässig aufgelöst wird."

Am 27. Juni 2013 retournierte die Beschwerdeführerin den unterzeichneten neuen Arbeitsvertrag. Im Begleitschreiben führte sie aus:

"In der Beilage erhalten Sie den neuen unterzeichneten Arbeitsvertrag. Selbstverständlich steht die Unterzeichnung des neuen Arbeitsvertrags unter dem Vorbehalt, dass der bisherige Arbeitsvertrag rechtmässig aufgelöst wird.

Bitte nehmen Sie zur Kenntnis, dass die Einsprache gegen die Auflösung des bisherigen Arbeitsvertrags noch hängig ist und ich weiterhin daran festhalte.

Die Unterzeichnung erfolgt gestützt auf das Schreiben des Direktionspräsidenten (recte: Direktionsvizepräsidenten) Herr E. vom 25. Juni 2013."

3.2.

Übereinstimmend erfolgte somit die Vereinbarung über den neuen Anstellungsvertrag unter dem Vorbehalt, "dass der bisherige Arbeitsvertrag rechtmässig aufgelöst wird." Die Formulierung lässt darauf schliessen, dass ursprünglich beide Parteien der Auffassung waren, der bisherige Vertrag solle – entgegen der dargestellten grundsätzlichen Rechtslage – weiterhin Geltung haben, falls sich die Änderungskündigung als unrechtmässig erweisen würde. Letztlich kann indessen offen bleiben, ob dies tatsächlich beidseits so gemeint war. Massgebend ist vielmehr, dass mittlerweile beide Parteien die Auffassung vertreten, dass a) trotz des Akzepts des neuen Vertrages durch die Beschwerdeführerin eine Überprüfung der Rechtmässigkeit

det dagegen sein Ende (KAMBER, a.a.O., Rz. 303). Zeigt sich demgegenüber die gekündigte Partei innert der ihr gesetzten Annahmefrist für einen neuen Vertragsabschluss nicht bereit, so verfällt die Vertragsofferte. Die unbedingt ausgesprochene Kündigung führt entsprechend nach Ablauf der Kündigungsfrist zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (KAMBER, a.a.O., Rz. 328).

Grundsätzlich kann sich die gekündigte Partei gegen eine unrechtmässige (Änderungs-)Kündigung wehren und eine Entschädigung nach Art. 336a OR geltend machen. Dabei ist indessen zu beachten, dass eine Strafzahlung nach Art. 336a OR voraussetzt, dass das Arbeitsverhältnis effektiv wegen der unrechtmässigen Kündigung geendet hat. Dies ist (unter anderem) dann nicht der Fall, wenn die gekündigte Person die Offerte für einen geänderten Arbeitsvertrag angenommen hat und deshalb das Arbeitsverhältnis (wenn auch zu geänderten Konditionen) fortgesetzt wird (BGE 121 III 64; GEISER, a.a.O., S. 69; derselbe: Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, AJP 1998, S. 1031; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Berner Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 2014, Art. 336 OR N 32).

2.3.

Die Beschwerdeführerin hat den neuen Arbeitsvertrag, der ihr gleichzeitig mit der Kündigung vom 17. Mai 2013 offeriert wurde (mit einem gegenüber dem bisherigen Vertrag reduzierten Pensum und dem Arbeitsort B.; vgl. vorne Erw. 1), unterzeichnet. Dementsprechend hat sie grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Entschädigung gestützt auf 1.3 Abs. 3 GAV FHNW in Verbindung mit Art. 336a OR.

3.

3.1.

Mit der Änderungskündigung vom 17. Mai 2013 wurde der Beschwerdeführerin eine Frist bis zum 15. Juni 2013 gesetzt, um den offerierten neuen Anstellungsvertrag zu akzeptieren. In ihrer Einsprache an den Direktionspräsidenten der FHNW vom 14. Juni 2013 beantragte die Beschwerdeführerin unter anderem, die erwähnte Frist sei "bis 10 Tage nach dem Eintritt der Rechtskraft des Entscheids betreffend Rechtmässigkeit der Kündigung vom 17. Mai 2013" zu er-

orts gemeint sind. Dementsprechend berechtigte die Stellenbeschreibung die Beschwerdegegnerin nicht dazu, den vertraglich verabredeten Arbeitsort der Beschwerdeführerin mittels einseitiger Anordnung zu ändern. Die Versetzung vom 15. November 2012 lässt sich demzufolge einzig als vorübergehende Versetzung aus dringenden betrieblichen Gründen (vgl. vorne Erw. 1.2.2) verstehen. Eine Vertragsänderung ist bis zum 17. Mai 2013 nicht erfolgt.

1.3.

Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin stellt eine der verschiedenen Formen der Änderungskündigung dar: Es wurde eine unbedingte Kündigung ausgesprochen, verbunden mit einer Offerte zu einem neuen Vertragsabschluss mit geänderten Bedingungen. Nimmt in derartigen Konstellationen die Gegenpartei die Offerte nicht an, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist. Nimmt sie indessen die Offerte an, gelten die Regeln des neuen Arbeitsvertrages. Allerdings wird diesfalls nicht ein neues Arbeitsverhältnis begründet, sondern das alte wird auf neuer vertraglicher Grundlage weitergeführt (MARCO KAMBER, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 2014, Rz. 92 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 N 3; THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP 1999, S. 61).

2.

2.1.

Die Beschwerdeführerin verlangt eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen. Sie macht sinngemäss geltend, die Kündigung des früheren Arbeitsvertrages sei unrechtmässig erfolgt. Entsprechend stehe ihr – analog zur Argumentation der Vorinstanz – gestützt auf Ziffer 1.3 GAL in Verbindung mit Art. 336a OR eine Entschädigung zu. Die im angefochtenen Entscheid zugesprochene Entschädigung von drei Monatslöhnen sei zu tief ausgefallen.

2.2.

Akzeptiert die gekündigte Partei die ihr gleichzeitig mit der unbedingten ausgesprochenen Kündigung unterbreitete Offerte, so einigen sich die Parteien über den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages zu veränderten Bedingungen. Der gekündigte Arbeitsvertrag fin-

beitgeber vertraglich ein solches Recht ausbedungen hat (sog. "clause de mobilité"). Ohne entsprechende Vertragsabrede hat der Arbeitnehmer immerhin bei dringlichen betrieblichen Bedürfnissen gestützt auf seine Treuepflicht vorübergehend andere Arbeiten auszuführen oder sich an einen anderen Arbeitsort transferieren zu lassen. Die Versetzung muss jedoch zumutbar sein, was von den Umständen abhängt; wichtig ist, dass die Versetzung nicht zu lange dauert, das Privatleben nicht stark beeinträchtigt wird und die Mehrkosten (z.B. längerer Arbeitsweg) ersetzt werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321d N 3 mit weiteren Hinweisen).

1.2.3.

Im Arbeitsvertrag vom 13. Dezember 2006 ist D. als Arbeitsort festgelegt. Bis zum 17. Mai 2013 wurde der Arbeitsvertrag diesbezüglich nie geändert. Insbesondere stellte die Versetzung vom 15. November 2012 keine Vertragsänderung dar. Eine solche wäre nur in der Form einer entsprechenden Vereinbarung oder einer Änderungskündigung möglich gewesen. Beides ist jedoch vorliegend nicht erfolgt. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des Schreibens vom 15. November 2012, welches als einseitige Anordnung formuliert ist. Zum anderen ist im Kurzprotokoll zur Sitzung "Abschluss Bewährungsfrist A." vom 13. März 2013 vermerkt, der Anstellungsvertrag bleibe unverändert, (theoretischer) Arbeitsort sei D. und für den Arbeitseinsatz in B. würden entsprechende Reisespesen vergütet. Diese Formulierungen verbieten es auch, die im gleichen Kurzprotokoll enthaltene Bemerkung, eine Rückversetzung ins WB-Sekretariat D. sei für beide Seiten nicht zumutbar, als Zustimmung der Klägerin zum Wechsel des Arbeitsortes von D. nach B. zu interpretieren.

Im Übrigen enthält der Arbeitsvertrag vom 13. Dezember 2006 keine Mobilitätsklausel, welche die Versetzbarkeit der Beschwerdeführerin vorsehen würde. In der von der Beschwerdeführerin unterzeichneten Stellenbeschreibung vom 28. September 2012 heisst es zwar, dass bei Bedarf auch Arbeitseinsätze ausserhalb von D. zu leisten seien. Diese Bestimmung betrifft jedoch nicht den Arbeitsort, sondern – dem klaren Wortlaut zufolge – externe "Arbeitseinsätze", womit kurzfristige Deplatzierungen ohne Aufgabe der Eingliederung in die bisherige Arbeitsorganisation bzw. ohne Aufgabe des Arbeits-

Pensum, sondern auch in Bezug auf den Arbeitsort vom bisherigen Anstellungsvertrag.

1.2.1.

Unter welchen Voraussetzungen die FHNW ihre Mitarbeitenden versetzen bzw. deren Arbeitsort (mittels einseitiger Anordnung) verlegen kann, wird weder im Staatsvertrag zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW) vom 27. Oktober 2004/9. November 2004/18./19. Januar 2005 noch im GAV FHNW geregelt. Können dem Staatsvertrag und dem GAV keine Vorschriften entnommen werden, so gelten gemäss Ziff. 1.3 Abs. 3 GAV FHNW sinngemäss die Bestimmungen in Art. 319 ff. OR, des ArG und des Mitwirkungsgesetzes.

1.2.2.

In Anwendung von Art. 321d OR kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen (Abs. 1). Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Abs. 2). Mit der Ausübung des Weisungsrechts konkretisiert der Arbeitgeber einseitig den Inhalt des Arbeitsvertrages. Das Weisungsrecht ist direkter Ausfluss der Unterordnung des Arbeitnehmers, entspringt also dem Wesen des Arbeitsvertrages. Der Unterordnung des Arbeitnehmers sind durch den Grundsatz von Treu und Glauben Schranken gesetzt: Weisungen sind nur soweit berechtigt und zu befolgen, als die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) reicht (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 321d N 2). Das Weisungsrecht findet sodann in den Abmachungen des einzelnen Arbeitsvertrages und im Inhalt eines anwendbaren Gesamt- oder Normalarbeitsvertrages seine Schranken. Wer laut Vertrag für die Ausübung eines bestimmten Berufs angestellt ist, muss sich die Weisung nicht gefallen lassen, künftig einen anderen Beruf auszuüben. Auch der vertraglich vorgeschriebene Arbeitsort kann nicht einfach durch eine Weisung verlegt werden, in den Grenzen von Art. 27 ZGB aber schon, wenn sich der Ar-

Per 30. November 2013 wird der Anstellungsvertrag vom 13. Dezember 2006 mit einem Pensum von 80 % zwischen Ihnen und der Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW aus wirtschaftlich-strukturellen Gründen (GAV 3.10 Abs. 3b) aufgelöst. Damit wird die ordentliche Kündigungsfrist von 3 Monaten auf 6 Monate erstreckt, wie es der Gesamtarbeitsvertrag 14.5 vorsieht.

Der aktuelle Stand der durch Sie betreuten Programme (...) ergeben zum heutigen Zeitpunkt ein Pensum von rund 40 %. Dank Abklärungen durch den Leiter des Weiterbildungssekretariats in B. können wir Ihnen zusätzlich diverse Seminare des Instituts für (...) und weitere (...) -Seminare für den Kanton C. zuteilen. Dies ergibt für Sie ein Pensum von total 50 %. Weitere Bemühungen seitens der HR-Verantwortlichen (Suche nach zusätzlichen Stellen an der FHNW, um das Pensum insgesamt wieder auf 80 % aufzustocken, oder, als Alternative, eine 80 %-Stelle an einer anderen Hochschule der FHNW) haben bis heute leider noch nicht gefruchtet. Eine Ausschreibung der Pädagogischen Hochschule (Sachbearbeiter/in 80 % – Administration, Kursverwaltung, Assistenz Ressortleitung) hat Ihnen nicht zugesagt.

Aufgrund dieser Situation unterbreiten wir Ihnen mit beiliegendem Vertrag eine Anstellung mit einem Pensum von 50 %, gültig ab 1. Dezember 2013.

Bitte prüfen Sie das Dokument und senden es, sofern einverstanden, unterschrieben bis 15. Juni 2013 an die HR-Verantwortliche zurück (Antwortcouvert liegt bei). Wenn Sie mit dieser Massnahme nicht einverstanden sind bzw. den Vertrag nicht bis zum 15. Juni 2013 unterschrieben retournieren, so gilt das Anstellungsverhältnis als per 30. November 2013 aufgelöst. (...).
(...)"

1.2.

Entgegen dem Wortlaut des zitierten Schreibens vom 17. Mai 2013 unterschied sich die Vertragsofferte nicht nur in Bezug auf das

X. Personalrecht

41 GAV FHNW i.V.m. Art. 321d und Art. 336a OR

- Die Auflösung des bisherigen Anstellungsverhältnisses verbunden mit einer neuen Vertragsofferte stellt in zweifacher Hinsicht eine Änderungskündigung dar; der Beschwerdeführerin wurde sowohl ein niedrigeres Pensum als auch ein neuer Arbeitsort angeboten, welcher nicht mittels einseitiger (Versetzungs-)Anordnung der Anstellungsbehörde abgeändert werden konnte (Erw. II/1).
- Grundsätzlich setzt eine Strafzahlung nach Art. 336a OR wegen widerrechtlicher Änderungskündigung voraus, dass das Arbeitsverhältnis effektiv geendet hat (Erw. II/2).
- Im konkreten Fall wurde indessen ein Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerin trotz Unterzeichnung des neuen Anstellungsvertrages ausnahmsweise bejaht, weil sich die Parteien vorgängig darauf geeinigt hatten, dass das Zustandekommen des neuen Anstellungsvertrages unter dem Vorbehalt der Rechtmässigkeit der Änderungskündigung steht (Erw. II/3).
- Faktoren zur Bemessung der Entschädigungshöhe (Erw. II/8).

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 23. März 2016 in Sachen A. gegen Fachhochschule Nordwestschweiz (WBE.2015.314, WKL.2014.20).

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Die Beschwerdegegnerin eröffnete der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 17. Mai 2013 Folgendes:

"(...)

Zweck eingestellt bleiben, was – vergleichbar mit dem Fall, da ein Stimmbürger die Aufnahme eines gänzlich neuen, zusätzlichen Budgetposten verlangt – unzulässig gewesen wäre (AGVE 1986, 489). Der Sachzusammenhang zwischen dem Antrag des Gemeinderats (Reservierung eines an den Kanton abzuführenden Betrags wegen einer in Aussicht genommenen Nichterfüllung der Aufnahmepflicht gemäss § 17a Abs. 2 SPG) und dem Antrag Y. (Reservierung des gleichen Betrags für zu erwartende Kosten im Zusammenhang mit der Erfüllung der Aufnahmepflicht der Gemeinde) ist hier vielmehr derart eng, dass der Antrag, worauf auch das DVI in seiner Stellungnahme zutreffend hinweist, klarerweise zulässig war; von der Verletzung einer von den Beschwerdeführern und vom Gemeinderat in seiner Vernehmlassung zur Beschwerde postulierten sog. "Einheit der Materie" kann keine Rede sein. Auch dass der Wechsel des Verwendungszwecks für den zu reservierenden Betrag in der Gemeindeversammlung grundsätzlich unstritten war, ändert an der Zulässigkeit des Antrags Y. nichts. Die Gemeindeversammlung hatte nicht generell über die künftige "Marschrichtung" der Gemeinde mit Bezug auf die Flüchtlingsproblematik zu entscheiden – auch wenn naturgemäss die Diskussion in der Gemeindeversammlung stark durch diese generelle Fragestellung geprägt wurde. Die Aufgabe der Gemeindeversammlung war entsprechend dem Antrag des Gemeinderats zur Budgetposition von Fr. 290'000.00 wesentlich beschränkter: Sie hatte lediglich über diese Budgetposition zu befinden. Indem der Antrag Y., ebenso wie jener des Gemeinderats, sich in diesem beschränkten Rahmen hielt, war er unabhängig von der allenfalls dahinter stehenden Grundhaltung der Antragstellerin und der Mitglieder der IG Z. und den durch den Antrag ausgelösten grundsätzlichen Diskussionen in der Gemeindeversammlung ohne weiteres zulässig. Das führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden darf.

Kostenpauschale beträgt ab 1. Januar 2016 Fr. 110.00 pro Person und Tag.

Der Gemeinderat legte seiner Berechnung der Budgetposition von Fr. 290'000.00 eine Übernahmepflicht für sechs bis sieben Personen zugrunde. Da er nicht bereit war, dieser Übernahmepflicht nachzukommen, reservierte er einen Betrag für einen entsprechenden, an den Kanton zu überweisenden Betrag (6 Personen x 365 Tage x Fr. 110.00 = Fr. 240'900.00; 7 Personen x 365 Tage x Fr. 110.00 = 281'050.00).

Mit dem gemäss der Klärung durch den Versammlungsleiter bereinigten Antrag Y. wurde beantragt, den Gemeinderat zu beauftragen, sich nicht seiner rechtlichen Übernahmepflicht gemäss § 17 Abs. 2 SPG zu widersetzen, sondern dem Kanton seine Bereitschaft zur Aufnahme von Personen zu signalisieren. Für aufzunehmende Personen sollte der Betrag von Fr. 290'000.00 reserviert bleiben.

3.2.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer – und des Gemeinderats – war der Antrag Y. damit sachbezogen und zulässig. Mit der Formulierung "Flüchtlinge", resp. "Asylbewerber" im Antrag Y. (gemeint ist vorläufig Aufgenommene ohne Flüchtlingseigenschaft) wurde nicht etwa ein generelles Bekenntnis des Gemeinderats verlangt, Asylbewerber, Flüchtlinge oder vorläufig Aufgenommene mit oder ohne Flüchtlingseigenschaft aufnehmen zu wollen. Der Antrag beschränkte sich vielmehr darauf, den Gemeinderat für das Jahr 2016 zu beauftragen, seiner Aufnahmepflicht gemäss § 17a Abs. 2 SPG nachzukommen und die der Gemeinde zugeteilten Personen aufzunehmen. Dass dabei im Antrag von Asylbewerbern gesprochen wurde, obwohl sich die Aufnahmepflicht der Gemeinde von Gesetzes wegen nur auf vorläufig Aufgenommene ohne Flüchtlingseigenschaft beschränkt, spielt dabei keine Rolle, zumal auch niemand seitens des Gemeinderats auf die ohnehin nur beschränkte Aufnahmepflicht der Gemeinde aufmerksam machte. Der Antrag Y. verlangte damit zwar weder eine Streichung noch eine Herabsetzung oder Erhöhung des infrage stehenden Budgetpostens, sondern wollte diesen vielmehr gerade beibehalten. Der Betrag von Fr. 290'000.00 sollte aber nicht etwa für einen gänzlich anderen

Budgetposten, soweit es sich dabei nicht um eine sog. gebundene Ausgabe handelt, zu streichen oder betragsmässig zu erhöhen resp. herabzusetzen (AGVE 2000, 533; 1992, 490; 1986, 489; 1984, 630 f.), nicht aber solche, die "neue" Budgetposten einführen wollen (ausdrücklich AGVE 1986, 489).

2.2.

Das Antragsrecht gemäss § 27 Ab. 1 GG ist aktuell, d.h. folgt die Versammlung einem von einem Stimmbürger zu den traktandierten Geschäften gestellten Antrag, insbesondere einem Antrag zu einer genau bezeichneten Budgetposition, so hat das unmittelbare Wirkung. Im Gegensatz dazu beschränkt sich das Vorschlagsrecht gemäss § 28 GG darauf, dass im Fall der Gutheissung des entsprechenden Antrags durch die Versammlung der Gemeinderat angewiesen wird, zum betreffenden Gegenstand der nächsten Gemeindeversammlung Bericht und Antrag vorzulegen (Zweistufigkeit des allgemeinen Vorschlagsrechts; vgl. BAUMANN, a.a.O., S. 443).

3.

3.1.

Das Budget der Einwohnergemeinde X. enthielt für den Bereich des Asylwesens eine Ausgabenposition von Fr. 290'000.00. Aus den schriftlichen Erläuterungen zu dieser Position ebenso wie aus den Erläuterungen des Versammlungsleiters anlässlich der Einwohnergemeindeversammlung vom 27. November 2015 ergibt sich, dass dieser Betrag nicht etwa für die Unterbringung von Personen verwendet werden sollte. Er war vielmehr dafür bestimmt, zu erwartende Kosten für eine Kostenpauschale für Ersatzvornahmen gemäss § 17d SPV zu decken.

Gemäss § 17a Abs. 2 SPG sind die Gemeinden in der Regel zuständig für die Unterbringung, Unterstützung und Betreuung von vorläufig Aufgenommenen ohne Flüchtlingseigenschaft. Der Kanton weist den Gemeinden die gemäss § 17 Abs. 2 SPG in deren Zuständigkeit fallenden Personen zu. Mit der Zuweisung werden die Ersatzvornahme und deren Kosten angedroht (§ 18 Abs. 1 und 1^{bis} SPG). Die Kostenpauschale für Ersatzvornahmen ist damit ein vom Kanton erhobener Betrag für den Fall, dass eine Gemeinde ihrer Aufnahmepflicht gemäss § 17a Abs. 2 SPG nicht nachkommt. Die

IX. Wahlen und Abstimmungen

40 Gemeindebeschwerde

Sachbezogenheit eines Antrags zu einer Budgetposition an der Gemeindeversammlung

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 29. Februar 2016, i.S. R.M. und M.M. gegen Einwohnergemeinde X. (WBE.2016.48).

Aus den Erwägungen

2.

Jeder Stimmberechtigte hat das Recht, zu den in der Traktandenliste aufgeführten Sachgeschäften Anträge zur Geschäftsordnung und zur Sache zu stellen (§ 27 Abs. 1 GG).

2.1.

Dieses Antragsrecht unterscheidet sich vom Vorschlagsrecht gemäss § 28 GG, mit welchem jeder Stimmberechtigte befugt ist, der Versammlung die Überweisung eines neuen Gegenstandes an den Gemeinderat zum Bericht und Antrag vorzuschlagen (Abs. 1). Der vom Gemeinderat zu prüfende Gegenstand ist auf die Traktandenliste der nächsten Versammlung zu setzen (Abs. 2). Während sich das Vorschlagsrecht gemäss § 28 GG auf alle Gegenstände bezieht, welche in die Kompetenz der Gemeindeversammlung fallen, bezieht sich das Antragsrecht gemäss § 27 Abs. 1 GG nur auf ordnungsgemäss angekündigte Verhandlungsgegenstände (ANDREAS BAUMANN, Aargauisches Gemeinderecht, 3. Aufl., Zürich 2005, S. 447). Um zulässig zu sein, muss ein Antrag somit einen sachlichen Zusammenhang mit einem traktandierten Geschäft haben (AGVE 2002, 630). Mit Bezug auf Anträge zum Budget hat dabei der Regierungsrat in seiner Praxis seit jeher zutreffend verlangt, dass einzig solche Anträge zum Budget zulässig sind, die darauf abzielen, einen konkreten

2.

Zu beanstanden ist jedoch die Anweisung der Vorinstanz an den Gemeinderat A., entweder die in Frage stehende Kostengutsprache subsidiär zu leisten oder aber umgehend die Zuständigkeitsfrage dem Kantonalen Sozialdienst zum Entscheid zu unterbreiten. Die Vorinstanz hätte die Beschwerde als Antrag um Prüfung der Zuständigkeit entgegennehmen und der Kantonale Sozialdienst ein Zuständigkeitsverfahren einleiten müssen. Dieser wäre gehalten gewesen, mit der nach Art. 29 Abs. 1 ZUG zuständigen kantonalen Amtsstelle von C. eine Klärung der Zuständigkeit herbeizuführen.

3.

Zusammenfassend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und sind Anweisung und Kostenverlegung im angefochtenen Entscheid aufzuheben. Die Angelegenheit ist an den Kantonalen Sozialdienst zur Durchführung eines Zuständigkeitsverfahrens zurückzuweisen. In diesem Verfahren kann unter Beteiligung und Wahrung der Verfahrensrechte der involvierten Gemeinwesen geklärt werden, ob der Unterstützungswohnsitz der Beschwerdegegnerin im Kanton Aargau beendet wurde.

erforderlichen vorsorglichen Anordnungen trifft (vgl. auch § 6 Abs. 2 SPG). Das Gleiche gilt auch für interkantonale Zuständigkeitskonflikte: Ist die interkantonale Zuständigkeit nach einem gegenseitigen Austausch auf Ebene Sozialdienst nicht klar, treten die beteiligten Kantonalen Sozialämter miteinander in Kontakt. Diese sollen – wenn möglich – eine Einigung über die Zuständigkeit herbeiführen. Kann keine Einigung erzielt werden, muss der unterstützende Aufenthaltskanton zuhänden des mutmasslich zuständigen Kantons eine Notfallunterstützungsanzeige im Sinne von Art. 30 ZUG einreichen. Wenn der Kanton vorläufig unterstützt, in dem sich die hilfebedürftige Person nicht mehr aufhält (in der Regel der letzte Wohnkanton), empfiehlt die Kommission Rechtsfragen, ein Richtigstellungsbegehren gemäss Art. 28 ZUG beim seiner Meinung nach neu zuständigen Kanton einzureichen. Alternativ führt die Kommission Rechtsfragen der SKOS auf Antrag der Parteien ein Schlichtungsverfahren durch (vgl. Negative Kompetenzkonflikte im interkantonalen Bereich, a.a.O., S. 2).

1.3.

Der Gemeinderat A. war nicht zuständig, über die interkantonale Zuständigkeit für die Leistung materieller Hilfe zu befinden. Gemäss Art. 29 Abs. 1 ZUG geht der Verkehr zwischen den Kantonen über die zuständigen kantonalen Stellen. Im Kanton Aargau obliegt der Amtsverkehr mit anderen Kantonen dem Kantonalen Sozialdienst (§ 42 Abs. 1 lit. b SPG). Die Gemeinde A. hätte sich zunächst mit dem Sozialdienst C. austauschen müssen. Hätte dies zu keiner Klärung der interkantonalen Zuständigkeit geführt, hätte der Gemeinderat den Kantonalen Sozialdienst über den Sachverhalt informieren müssen. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass eine bedürftige Person die von ihr benötigte Hilfe (rechtzeitig) erhält. Negative Kompetenzkonflikte sollen sich nicht zu Lasten der hilfesuchenden Person auswirken. Um dies sicherzustellen, ist das vorgeschriebene Zuständigkeitsverfahren einzuhalten. Dementsprechend war der Widerruf des Entscheids durch die Vorinstanz rechtmässig.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 7. Dezember 2016 in Sachen Einwohnergemeinde A. gegen B. und Departement Gesundheit und Soziales (WBE.2016.346).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Die Vorinstanz hat den Entscheid des Gemeinderats A. in Anwendung von § 37 VRPG von Amtes wegen aufgehoben. Entscheide, die der Rechtslage oder den sachlichen Erfordernissen nicht entsprechen, können durch die erlassene Behörde oder die Aufsichtsbehörde geändert oder aufgehoben werden, wenn das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung die Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes überwiegt (§ 37 Abs. 1 VRPG). Der Kantonale Sozialdienst nimmt im Auftrag des DGS die Aufgabe als Aufsichtsinanz über die Sozialbehörden wahr.

1.2.

Das ZUG bestimmt, welcher Kanton für die Unterstützung eines Bedürftigen, der sich in der Schweiz aufhält, zuständig ist (Art. 1 Abs. 1 ZUG). Das ZUG sieht jedoch kein spezielles Verfahren für die Klärung von negativen Kompetenzkonflikten vor. Diese Lücke ist durch (analoge) Anwendung von Instrumenten, welche das ZUG zur Verfügung stellt, zu füllen. In Frage kommen dazu grundsätzlich zwei Varianten, nämlich die Klärung der Zuständigkeit auf dem Weg der Einreichung von Unterstützungsanzeigen oder mit einem dem Richtigstellungsbegehren zufolge Abschiebung (Art. 28 Abs. 2 ZUG) nachgebildeten Begehren (SKOS, Kommission Rechtsfragen, Negative Kompetenzkonflikte im interkantonalen Bereich: Wer ist zuständig für die Unterstützung?, Januar 2012, S. 1).

Gemäss § 5 Abs. 3 SPV tritt die Gemeinde, welche ihre Zuständigkeit als Wohnsitz- oder Aufenthaltsgemeinde verneint, umgehend mit der ihrer Meinung nach zuständigen Gemeinde in Kontakt. Wenn keine Einigung zustande kommt, wird die Zuständigkeitsfrage dem kantonalen Sozialdienst zum Entscheid unterbreitet, welcher die

Art. 257b N 2; HIGI, a.a.O., Art. 257a-257b N 26). Bei der Akontovereinbarung entsteht eine auf Abrechnung gestellte Forderung (WEBER, a.a.O., Art. 257a N 8). Die Nachzahlungsverpflichtung ist im Mietverhältnis begründet und bedeutet Vertragserfüllung. Üblicherweise leistet der Mieter mit dem Mietzins Akontozahlungen, welche nach dem Vorliegen der Nebenkostenabrechnung angerechnet werden. Abweichungen von mehr als 15 % braucht der Mieter praxisgemäss nicht zu tragen (vgl. WEBER, a.a.O., Art. 257b N 2). Indem die frühere Wohnsitzgemeinde materielle Hilfe einschliesslich Wohnkostenbeitrag gewährte, hat sie damit über ihre Zuständigkeit auch hinsichtlich der vertraglich geschuldeten Nebenkosten entschieden. Dies trifft unabhängig von der Fälligkeit der Nachzahlungsforderung sowie davon zu, dass diese erst nach dem Vorliegen der Abrechnung bestimmt und erfüllbar war (vgl. HIGI, a.a.O., Art. 257a-257b N 23). Unerheblich ist weiter, dass der Vermieter erst nach dem Wegzug Rechnung stellte. Mit dem Gesuch um Übernahme durch die Sozialhilfe wurde mithin kein neuer Leistungsanspruch geltend gemacht. Das sozialhilferechtliche Bedarfdeckungsprinzip bleibt aufgrund der übernommenen Vorleistungen, welche die Nebenkosten nur teilweise deckten, grundsätzlich unberührt.

5.3.

Somit ist der Gemeinderat A. für die Prüfung des Gesuchs um Nachzahlung von Nebenkosten nicht zuständig.

39 Sozialhilfe; interkantonale Zuständigkeit

- **Zuständigkeit des Kantonalen Sozialdienstes bei negativem interkantonalem Kompetenzkonflikt gestützt auf § 6 Abs. 2 SPG**
- **Wird ein Entscheid, mit welchem eine Sozialbehörde ihre Zuständigkeit verneint, durch die Aufsichtsbehörde widerrufen, ist das Zuständigkeitsverfahren von Amtes wegen einzuleiten.**

5.

5.1.

Im vorliegenden Verfahren ist lediglich über die Zuständigkeit des Gemeinderats A. zur Prüfung des Gesuchs um Nachzahlung von Mietnebenkosten zu entscheiden.

5.2.

Eine Zuständigkeit der neuen Wohnsitzgemeinde zur Übernahme von Ausständen entsprechend der jährlichen Nebenkostenabrechnung (d.h. vor dem Zuzug) würde bei neu eingetretener Unterstützungsbedürftigkeit bestehen: Materielle Hilfe wird in der Regel auf Gesuch hin gewährt (vgl. § 9 SPG), wobei die Forderung im beendeten Mietverhältnis begründet wäre. Aufgrund des Wegzugs (Art. 9 Abs. 1 ZUG) könnte keine Zuständigkeit der früheren Wohnsitzgemeinde bestehen. Gegenüber der neuen Wohnsitzgemeinde läge ein Gesuch um Übernahme ausstehender Privatschulden vor. Diese Konstellation liegt indessen nicht vor.

Es mag Praktikabilitätsüberlegungen entsprechen und im Einzelfall angezeigt sein, dass die neue Wohngemeinde auch bei vorbestehender Unterstützungsbedürftigkeit für ausstehende frühere Nebenkosten aufkommt. Insbesondere erlaubt dieses Vorgehen, dass eine betreffende Nachzahlung im aktuellen Sozialhilfebudget als Ausgabe berücksichtigt bzw. ein ausbezahltes Guthaben als Einnahmen angerechnet wird. Rechtlich überzeugt dieses Vorgehen allerdings nicht: Bei dieser Nachzahlung ist nicht von (Privat-)Schulden auszugehen, sondern von Nebenkosten als Bestandteil der Wohnkosten (vgl. SKOS-Richtlinien, B.3-1; CLAUDIA HÄNZI, Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, Basel 2011, S. 375 f.). Kapitel C.8 der SKOS-Richtlinien betrifft den Wegzug aus der Gemeinde und empfiehlt, dass das bisherige Sozialhilfeorgan insbesondere den Lebensunterhalt für einen Monat, den ersten Wohnungsmietzins sowie Umzugskosten übernimmt. Hierbei handelt es sich um keine Zuständigkeitsbestimmungen und die Annahme von situationsbedingten Leistungen wäre bei ausstehenden Wohnnebenkosten nicht ohne Weiteres angezeigt. Gemäss Art. 257b OR ist der Vermieter nur berechtigt, die tatsächlichen Aufwendungen, d.h. die ihm effektiv entstehenden Kosten, zu überwälzen (WEBER, a.a.O.,

1. Juni 2015 wird sie von dieser Gemeinde unterstützt. Ihr Partner bezieht nach wie vor keine Sozialhilfeleistungen. Im Beschluss vom 29. Juni 2015 übernahm der Gemeinderat A. entsprechend den örtlichen Mietzinsrichtlinien einen anteilmässigen Wohnkostenbeitrag von Fr. 600.00.

3.3.

Nach der jährlichen Nebenkostenabrechnung vom 18. November 2015 waren für die Wohnung in D. vom 1. Juli 2014 bis 30. April 2015 Heiz- und Betriebskosten von Fr. 2'462.20 angefallen. Davon wurden Akontozahlungen von Fr. 1'500.00 in Abzug gebracht, was ein Guthaben des Vermieters von Fr. 962.20 ergab.

4.

Nach Art. 257a Abs. 2 OR dürfen Nebenkosten dem Mieter nur dann gesondert belastet werden und sind sie nicht im Nettozins inbegriffen, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbart haben. Eine entsprechende Vereinbarung kann vorsehen, dass die ausdrücklich bezeichneten Nebenkosten mit einer Pauschale abgegolten werden oder dass sie mindestens einmal jährlich abgerechnet werden, wobei der Mieter in der Regel Akontozahlungen leistet (BGE 132 III 24, Erw. 3.1; 121 III 460, Erw. 2a/aa; PETER HIGI, in: Zürcher Kommentar, 1994, Art. 257a-257b N 19 f.). Erhebt der Vermieter die Nebenkosten aufgrund einer Abrechnung, muss er diese jährlich mindestens einmal erstellen und dem Mieter vorlegen (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 [VMWG; SR 221.213.11]). Erhebt er sie pauschal, muss er auf die Durchschnittswerte dreier Jahre abstellen (Art. 4 Abs. 2 VMWG). Leistet der Mieter entsprechend der ordnungsgemäss erstellten jährlichen Abrechnung Nachzahlung, erfüllt er damit seine ursprüngliche Pflicht zur Übernahme von Nebenkosten. Eine Vertragsänderung ist damit nicht verbunden (BGE 132 III 24, Erw. 3.2; vgl. auch BGE 126 III 119). Es ist üblich, dem Mieter eine Zahlungsfrist von 30 Tagen einzuräumen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 24. Juni 1998 [4C.479/1997], Erw. 3a, in: mp 2/99, S. 83 ff.; ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, 2015, Art. 257a N 8).

Umzugs nicht fälligen Forderungen habe sich die SKOS nicht geäussert. Deren Kommission Rechtsfragen habe am 24. April 2008 die Meinung geäussert, aus Praktikabilitätsgründen sei zur Bestimmung des unterstützungspflichtigen Gemeinwesens auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung und nicht der Leistungserbringung abzustellen. Über diese Meinung wolle sich die Beschwerdestelle SPG nicht ohne Not hinwegsetzen. Es sei aber nicht zu verkennen, dass die Übernahme von Privatschulden Fragen aufwerfe und auch von einer subsidiären Kostengutsprache der bisherigen Gemeinde für später anfallende Nebenkosten ausgegangen werden könnte. Bezüglich offener Krankenkassenprämien habe die Kommission Rechtsfragen der SKOS die Meinung vertreten, dass die bisherige Wohnsitzgemeinde alle Prämien entsprechend der Wohnsitzdauer zu übernehmen habe.

3.

3.1.

Bis zum 30. April 2015 wohnte die Beschwerdegegnerin mit ihrem Partner in einer 3,5-Zimmerwohnung an der C.-Strasse in D.. Der monatliche Netto-Mietzins betrug Fr. 1'450.00 (einschliesslich Garage). Als Nebenkosten wurden Fr. 150.00 vereinbart, wobei Heiz-, Warmwasser- und Betriebskosten auf Abrechnung erfolgen. Dies ergab einen Brutto-Mietzins von Fr. 1'600.00.

Die Beschwerdegegnerin wurde von D. vom 1. März 2013 bis 31. Mai 2015 materiell unterstützt. Ihr Partner bezog keine Sozialhilfeleistungen. Im Beschluss vom 23. September 2013 hat der Gemeinderat erwogen, der maximale Wohnkostenbeitrag für einen 2-Personenhaushalt von Fr. 1'250.00 werde überschritten. Am 23. September 2013 erteilte er der Beschwerdegegnerin unter Kürzungsandrohung die Weisung, sich um eine kostengünstigere Wohnung zu bemühen. Im Beschluss vom 17. März 2014 kürzte der Gemeinderat den anteilmässigen Wohnkostenbeitrag auf Fr. 625.00. Mit Entscheid vom 1. Juni 2015 wurde die materielle Hilfe infolge Wegzugs eingestellt.

3.2.

Seit dem 1. Mai 2015 wohnt die Beschwerdegegnerin zusammen mit ihrem Partner in einer 4,5-Zimmerwohnung in A.. Seit dem

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 27. Oktober 2016 in Sachen Einwohnergemeinde A. gegen B. und Departement Gesundheit und Soziales (WBE.2016.325).

Aus den Erwägungen

1.

Der Gemeinderat A. beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Entgegen der Auffassung der Beschwerdestelle SPG bestehe für Ausstände der jährlichen Heiz- und Nebenkostenabrechnung, welche sich auf den Zeitraum vor dem Zuzug beziehen, keine Zuständigkeit. Die Wohnkosten umfassten neben dem Mietzins auch die Nebenkosten. Sofern eine Person nicht in der Lage sei, dafür aufzukommen, sei die jeweilige Unterstützungsgemeinde dafür zuständig. Die frühere Unterstützungsgemeinde habe mit der Übernahme der Wohnkosten eine Kostengutsprache für allenfalls später anfallende, nicht pauschal abgeholte Nebenkosten geleistet und sei von der Zahlungspflicht nur insoweit befreit, als die unterstützte Person nicht aus eigener Kraft leisten könne. Komme hinzu, dass Privatschulden nur ausnahmsweise zu übernehmen seien, sofern damit eine bestehende oder drohende Notlage vermieden werde. Darüber wäre aufgrund einer Abwägung im Einzelfall zu entscheiden, wobei Schulden nur zugunsten der unterstützten Person, nicht aber im überwiegenden Interesse der Gläubiger übernommen werden dürften.

2.

Die Vorinstanz bejahte die Zuständigkeit der neuen Wohnsitzgemeinde zur Prüfung des Gesuchs. Dieses betraf ausstehende Nebenkosten der Wohnung in der früheren Gemeinde, wo die Beschwerdegegnerin bereits unterstützt worden war. Die unterstützungspflichtige Gemeinde habe in Anwendung der SKOS-Richtlinien (B.3-1) zwar über die Wohnkosten unter Einbezug der Nebenkosten entschieden und darauf habe die neue Gemeinde keinen Einfluss. Indessen habe die bisherige Sozialhilfe gemäss Kapitel C.8 der SKOS-Richtlinien beim Wegzug gewisse Kosten zu übernehmen; zu im Zeitpunkt des

Die Beschwerdeführerin verfügt nach glaubhafter Darstellung über keine dauerhafte Bleibe und ist für die Übernachtungen auf das Entgegenkommen ihrer Mutter sowie von Freunden und Bekannten angewiesen. Damit besteht Anspruch, dass ihr kurzfristig eine menschenwürdige Unterkunft zur Verfügung gestellt wird. Aufgrund der langen Dauer des flottanzähnlichen Zustands sowie des kürzlichen stationären Aufenthalts in einer psychiatrischen Klinik dürfte sich namentlich die vorübergehende Einquartierung in einer Zivilschutzanlage oder dergleichen als unzumutbar erweisen.

Nach den Angaben der Beschwerdeführerin erhält sie – abgesehen von Beiträgen für ihr Mobiltelefon, die Kellermiete und die Haftpflichtversicherung – gegenwärtig keine Unterstützung. Soweit die Beschwerdeführerin mittellos ist, ist mit der Notfallhilfe sicherzustellen, dass sie unverzüglich über die erforderlichen Mittel zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse, d.h. insbesondere für Nahrung, Kleidung und medizinische Grundversorgung, verfügt.

Nachdem sich die Beschwerdeführerin seit rund zwei Jahren vergeblich um eine Mietwohnung bemühte und wiederholt Gespräche bei den Sozialen Diensten stattfanden, kann nicht mehr ausreichen, ihr generelle Ratschläge zu erteilen und sie beispielsweise auf Wohnungsinserate hinzuweisen. Vielmehr haben die Sozialen Dienste die Beschwerdeführerin zu betreuen und bei der Wohnungssuche aktiv zu unterstützen (vgl. § 8 SPG). Diese Unterstützung kann insbesondere bei der Kontaktnahme mit Vermietern, in Form von Sicherheitsleistungen oder mit der Zusicherung des Mietzinses erfolgen. Gegebenenfalls können für einen Umzug situationsbedingte Leistungen gewährt werden.

38 Sozialhilfe; Zuständigkeit

Bei vorbestehender Unterstützungsbedürftigkeit bleibt die Zuständigkeit der früheren Wohnsitzgemeinde für ausstehende, dort angefallene und erst nach dem Wegzug in Rechnung gestellte Wohnnebenkosten bestehen.

ob die Beschwerdeführerin bei der Mutter unterkommen konnte. Nach den Angaben der Beschwerdeführerin haben sich ihre persönlichen Verhältnisse auch nach dem achtwöchigen stationären Aufenthalt in der psychiatrischen Klinik in E. (Eintritt am 12. Februar 2016) nicht verändert.

Ansichts des Zuzugs der Beschwerdeführerin im Juli 2013 sowie der Kontakte zum Sohn sowie zu Freunden und Bekannten in B. ist davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin nach wie vor regelmässig in der Gemeinde aufhält. In Laufenburg (Schweiz) befindet sich nach den Angaben der Beschwerdeführerin lediglich das Möbellager. Bei der Mutter in Laufenburg (Deutschland) kann sie nicht dauerhaft bleiben, wobei die Annahme eines grenzüberschreitenden Wegzugs aufgrund der Bedürftigkeit und des Gesundheitszustands der Beschwerdeführerin ohnehin problematisch wäre. Unter Würdigung dieser Umstände und mangels Alternativen (d.h. anderer Gemeinden, zu denen die Beschwerdeführerin aktuell einen zumindest ebenso engen Bezug hätte) hat sie daher unterstützungsrechtlichen Aufenthalt in der Gemeinde B.. Damit ist diese zur Notfallhilfe zuständig.

5.

5.1.

Die Notfallhilfe umfasst die sofortige Hilfe in Notfallsituationen, insbesondere bei Erkrankung und plötzlicher Mittellosigkeit (§ 5 Abs. 1 Satz 1 SPV). Im Rahmen des verfassungsmässigen Rechts auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV besteht Anspruch auf ein menschenwürdiges Obdach. Eine Notunterkunft kann kurzfristig insbesondere in einem Hotelzimmer bestehen. Bei Bedarf ist die Wohnungssuche aktiv durch die Gemeinde zu unterstützen (vgl. § 8 SPG; VGE III/20 vom 26. Februar 2016 [WBE.2015.367], Erw. II/2.5). Mit zunehmender Dauer der materiellen Notlage verdichtet sich der Anspruch auf Obdach zu einem Recht auf Zuteilung bzw. Vermittlung von Wohnraum, in welchem eine selbständige Haushaltsführung möglich ist (KATHRIN AMSTUTZ, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bern 2002, S. 236).

5.2.

führerin sei mitgeteilt worden, dass sie materielle Hilfe beanspruchen könne, wenn sie eine Wohnung in B. gefunden habe.

4.3.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz war für die Annahme des unterstützungsrechtlichen Aufenthalts in B. oder einer Notlage nicht erforderlich, dass die Beschwerdeführerin auf der Gemeindeverwaltung gewissermassen "mit Sack und Pack" bzw. "mit dem Koffer" vorsprach. Die Grundlage für eine derartige Behauptung ist unerfindlich.

Seit ungefähr zwei Jahren bemüht sich die Beschwerdeführerin vergeblich um eine Mietwohnung. Eigenen Angaben zufolge muss sie nach wie vor abwechselungsweise an verschiedenen Orten, d.h. bei der Mutter oder bei Kollegen und Bekannten, übernachten, auf deren Wohlwollen sie angewiesen ist. Dass sie nicht dauerhaft bei der Mutter in Laufenburg (Deutschland) bleiben kann, ist glaubhaft (vgl. vorne Erw. 3.3). Abgesehen davon kann von der bedürftigen Beschwerdeführerin kaum erwartet werden, dass sie sich im Ausland niederlässt. Zutreffend ist zwar, dass die Beschwerdeführerin von der Einwohnerkontrolle mehrfach vergeblich aufgefordert wurde, sich zu melden, und dass mehrere Gespräche bei den Sozialen Diensten stattfanden. Es gab indessen nie Anlass zur Annahme, dass sich die persönliche Situation der Beschwerdeführerin verbessert oder gar normalisiert hatte. Mit dem erneuten Gesuch um materielle Hilfe vom 20. Januar 2016 gab die Beschwerdeführerin klar zu verstehen, dass sie unverzüglich Hilfeleistungen benötigte. Zu diesem Zeitpunkt war insbesondere zu prüfen, ob gegenüber dem Entscheid vom 23. November 2015 veränderte Verhältnisse vorlagen und/oder ob ein unterstützungsrechtlicher Aufenthalt gegeben war. Nach eigener Darstellung hatte die Beschwerdeführerin niemals die Absicht, einen Wohnkostenbeitrag für die Wohnung der Mutter in Laufenburg (Deutschland) erhältlich zu machen. Der Betrag hätte der Miete eines Kellerabteils auf Schweizer Seite dienen sollen, um Möbel einzustellen. Unabhängig davon, wie es sich im Einzelnen verhält, konnte unter diesen Umständen nicht ausreichen, ohne weitere Abklärungen und Begründung pauschal auf den Nichteintretensentscheid vom 23. November 2015 zu verweisen. Mithin bestand keine Gewissheit,

Erw. II/3.1; DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, 5. Auflage, 2014, Art. 23 N 5).

4.

4.1.

Bei Personen ohne Unterstützungswohnsitz und im Notfall ist die Gemeinde am Aufenthaltsort der Hilfe suchenden Person zur wirksamen Hilfeleistung zuständig und verpflichtet (vgl. § 6 Abs. 1 SPG). Die Notfallhilfe umfasst gemäss § 5 Abs. 1 Satz 1 SPV die sofortige Hilfe in Notfallsituationen, insbesondere bei Erkrankung, Unfall und plötzlicher Mittellosigkeit (vgl. FELIX WOLFFERS, Grundriss des Sozialhilfrechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 54). Der Aufenthaltsort leistet situationsgerechte Notfallhilfe (§ 5 Abs. 1 Satz 2 SPV). Als Aufenthalt gilt die tatsächliche Anwesenheit in einer Gemeinde (§ 6 Abs. 3 SPG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 ZUG). Der unterstützungsrechtliche Aufenthaltsort einer Person dient zur Bestimmung des fürsorgepflichtigen Gemeinwesens, wenn kein Unterstützungswohnsitz vorliegt (vgl. THOMET, a.a.O., Rz. 168).

4.2.

Nach eigener Darstellung hält sich die Beschwerdeführerin regelmässig in B. auf, wo sie Kollegen und Freundinnen hat, zu welchen Kontakt besteht. Bei diesen will sie mehrfach übernachtet haben. Auch um dem Sohn bei den Hausaufgaben zu helfen, sei sie öfters in B.. Seitens der Gemeinde wurde darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin lediglich ihre Korrespondenz postlagernd in B. habe. Dass sich die Beschwerdeführerin nur um die aufwändige Wundpflege der Mutter kümmere, aber nicht hauptsächlich bei ihr, sondern bei Kollegen oder im Auto unterkomme, sei nicht plausibel.

Gemäss eigenen Angaben suchte die Beschwerdeführerin seit September 2014 erfolglos eine Wohnung, unter anderem in B. sowie in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft. Bei der Wohnungssuche sei sie durch Caritas unterstützt worden. Die Vertreter der Gemeinde führten diesbezüglich aus, dass ihre Sozialbehörde grundsätzlich keine Wohnungen für unterstützte Personen suche. Dies liege in erster Linie in deren eigenen Verantwortung. Auch im Falle der Beschwerdeführerin sei auf Möglichkeiten hingewiesen und auf Inserate aufmerksam gemacht worden. Der Beschwerde-

vorwiegend bei Freunden und Kollegen in B. auf. Gelegentlich habe sie auch im Auto übernachtet. Nach eigener Darstellung besorgt die Beschwerdeführerin für ihre Mutter die Wundpflege und kann in deren Wohnung duschen und waschen. Schlafen könne sie auf dem Sofa, jedoch könne sie dort nicht wohnen bleiben. Eine Anmeldung bei der Gemeinde Laufenburg/Deutschland sei zudem nicht möglich.

Das Gesuch um Mietkostenbeitrag betraf nach den Angaben der Beschwerdeführerin die Miete eines Kellers in Laufenburg (Schweiz), damit sie ihre Möbel einstellen konnte. Diese hatte sie gemäss eigener Darstellung zunächst in der Wohnung ihrer Mutter in Laufenburg (Deutschland) untergebracht, wo jedoch der Platz nicht ausreichte. Im Gesuch habe sie die Adresse der Mutter genannt.

3.3.

Es ist glaubhaft, dass sich die Beschwerdeführerin nach dem Verlust der Wohngelegenheit am 30. September 2014 sowohl in Laufenburg (Deutschland) als auch bei Freunden und Kollegen in B. aufhielt und jeweils an unterschiedlichen Orten übernachten konnte. Weiter ist plausibel, dass die Beschwerdeführerin teilweise bei ihrer Mutter unterkommen konnte, dass aber die Infrastruktur und Grösse der Wohnung für eine längerfristige Bleibe nicht ausreichen. Damit hält sich die Beschwerdeführerin seit der Wohnungskündigung wechselnd an unterschiedlichen Orten auf, ohne sich an einem Ort mit der Absicht dauernden Verbleibens niederzulassen. Mit dem Verlust der Wohngelegenheit, dem Transport der Möbel und dem wechselnden Nachtlager liegt zuständigkeitsrechtlich ein Wegzug vor und ging der bisherige Unterstützungswohnsitz unter (vgl. THOMET, a.a.O., Rz. 148).

Es ist somit festzuhalten, dass der unterstützungsrechtliche Wohnsitz der Beschwerdeführerin untergegangen war. Einen neuen Unterstützungswohnsitz konnte die Beschwerdeführerin in B. aufgrund der fehlenden Wohngelegenheit bisher nicht begründen. Dafür nicht ausreichend ist das gelegentliche oder regelmässige Übernachten bei Freunden und Kollegen, welche dort wohnen. Für die Wohnsitzbegründung erforderlich ist der physische Aufenthalt, d.h. der Aufenthalt im Sinne des Wohnens; der blosser Wille genügt nicht (vgl. VGE IV/84 vom 13. Dezember 2012 [WBE.2012.261],

sei, könne der Sozialbehörde auch kein Versäumnis bezüglich der Unterstützung bei der Wohnungssuche vorgeworfen werden.

2.

Zuständig und zur Hilfeleistung verpflichtet ist die Gemeinde am Unterstützungswohnsitz, bei Personen ohne Unterstützungswohnsitz und im Notfall die Gemeinde am Aufenthaltsort der Hilfesuchenden Person (§ 6 Abs. 1 SPG). Für die Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes und des Aufenthaltsortes gelten im innerkantonalen Verhältnis unter den Gemeinden aufgrund von § 6 Abs. 3 SPG die Bestimmungen des ZUG.

3.

3.1.

Der unterstützungsrechtliche Wohnsitz gemäss Art. 4 ZUG ist dem zivilrechtlichen (vgl. Art. 23 Abs. 1 ZGB) angeglichen. Für die Beurteilung, ob ein Unterstützungswohnsitz begründet worden ist, kann daher grundsätzlich auf die Lehre und Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff abgestellt werden (WERNER THOMET, Kommentar zum ZUG, Zürich 1994, Rz. 95). Der einmal begründete zivilrechtliche Wohnsitz bleibt bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes bestehen. Im Gegensatz dazu gibt es aufgrund der abweichenden Regelung in Art. 9 Abs. 1 ZUG keinen fiktiven Unterstützungswohnsitz im Sinne von Art. 24 Abs. 1 ZGB. Die Beendigung eines Unterstützungswohnsitzes ist daher ohne die Begründung eines neuen möglich (THOMET, a.a.O., Rz. 89; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 22. November 1989, 89.077, in: BBl 1990 I 63).

3.2.

Bis zum 30. September 2014 wohnte die Beschwerdeführerin in der Mietwohnung ihrer Schwiegermutter in B.. Da diese in ein Altersheim umzog, hatte die Beiständin der Schwiegermutter den Mietvertrag gekündigt. Die Ausführungen in den vorinstanzlichen Entscheiden, wonach die Beschwerdeführerin den Mietvertrag für ihre Wohnung gekündigt hat, treffen nicht zu. Nach dem Verlust der Wohngelegenheit hielt sich die Beschwerdeführerin gemäss eigenen Angaben bei ihrer Mutter in Laufenburg (Deutschland) sowie

37 Sozialhilfe; Anspruch auf Notfallhilfe

- **Bei fehlendem Unterstützungswohnsitz ist die Aufenthaltsgemeinde für Notfallhilfeleistungen zuständig; diese umfassen insbesondere die kurzfristige Zurverfügungstellung einer menschenwürdigen Unterkunft und die unverzügliche Sicherstellung der Mittel zur Deckung der Grundbedürfnisse.**
- **Pflicht der Gemeinde zur aktiven Unterstützung bei der Wohnungssuche im Falle länger dauernder Wohnungslosigkeit mit vergeblichen Bemühungen der bedürftigen Person**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 16. August 2016 in Sachen A. gegen Gemeinderat B. und Departement Gesundheit und Soziales (WBE.2016.126).

Aus den Erwägungen

1.

Der Gemeinderat B. hat seine Zuständigkeit im Entscheid vom 1. Februar 2016 verneint und ist auf das Gesuch um materielle Hilfe nicht eingetreten. Zur Begründung wurde auf den rechtskräftigen Beschluss vom 23. November 2015 verwiesen. Die Beschwerdestelle SPG hat dieses Vorgehen nicht beanstandet, da sich aus den Eingaben der Beschwerdeführerin nicht ergebe, dass sich ihre persönlichen Verhältnisse erheblich verändert hätten. Die Adresse der Beschwerdeführerin sei unbekannt und sie habe nicht widerlegt, dass sie sich seit dem 30. September 2014 vorwiegend bei ihrer Mutter in Deutschland aufhalte. Im Ergebnis wurden nebst dem Unterstützungswohnsitz auch der unterstützungsrechtliche Aufenthalt der Beschwerdeführerin in B. und damit die Zuständigkeit für Nothilfeleistungen verneint. In der Sache mache die Beschwerdeführerin zum Notfall keinerlei Angaben. Nachdem sie in jüngster Vergangenheit nicht "mit Sack und Pack" auf der Gemeindeverwaltung erschienen

Privatbezüge aus Geschäftskonten oder dem Kassabestand und nicht geschäftsmässig begründeter Aufwand.

Vermögensbestandteile der unterstützten Person, die (in vernünftigem Umfang) in ihr Geschäft investiert sind und welche zur Weiterführung der (mangels Rentabilität nicht ohnehin aufzugeben-) selbständigen Erwerbstätigkeit erforderlich sind, gelten als nicht realisierbar im Sinne von § 11 Abs. 5 SPG (VGE III/72 vom 1. Juni 2015 [WBE.2015.85], Erw. II/3.3).

8.3.

Aufgrund des ergänzenden Sozialhilfebezugs während der Jahre 2012 bis 2014 sowie des fehlenden steuerbaren Einkommens in den Jahren 2013 und 2014 ist davon auszugehen, dass die selbständige Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers nicht wirtschaftlich ist. Eine Überprüfung der Wirtschaftlichkeit hat nicht stattgefunden, nachdem er im November 2014 mitgeteilt hatte, die selbständige Erwerbstätigkeit aufzugeben. Eine Kapitaleistung über Fr. 10'366.00 vom Juni 2015 wurde nach Darstellung des Beschwerdeführers überwiegend zur Tilgung von Geschäftsschulden eingesetzt.

Nachdem der Beschwerdeführer seine Geschäfte zunächst über mehrere Jahre hinweg mit ergänzendem Sozialhilfebezug führte, sie vordergründig aufgab und ohne Zustimmung der Sozialbehörde wieder aufnahm, besteht kein Anspruch auf Sozialhilfe mehr gemäss § 10 SPV. Die Sozialhilfe kann bei bestehender selbständiger Erwerbstätigkeit befristet, ergänzend und im Sinne einer Überbrückungshilfe Unterstützung leisten (vgl. vorne Erw. 4.2). Es ist nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit der Weiterführung bzw. Wiederaufnahme seiner Geschäftstätigkeit die Abhängigkeit von der materiellen Hilfe reduzieren konnte. Durch die Geschäftstätigkeit bleibt er mit seinen persönlichen und finanziellen Ressourcen gebunden. Die Sozialbehörde kann die materielle Hilfe mit einer Auflage/Weisung über die Aufnahme einer Arbeit, die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm oder die Verwendung eigener Mittel verbinden (vgl. § 14 lit. e SPV). Mit dem erneuten geschäftlichen Engagement können der Einsatz der eigenen Arbeitskraft als Arbeitnehmer und eine zweckkonforme Mittelverwendung in Frage gestellt sein.

ost sowie des symbolischen Kaufpreises von jeweils einem Franken Fragen auf. Aufgrund der weitgehend fehlenden Regelungen von Kauf und Übertragung scheint es sich um pro forma-Verträge zur Legitimierung einer nicht erfolgten Geschäftsaufgabe zu handeln.

Im März 2015 wurde der Beschwerdeführer auf www.xxx.ch und www.yyy.ch nach wie vor als Betriebsinhaber geführt. Auf www.zzz.ch waren die Telefon- und Fax-Nummer des Geschäfts in C. zur Kontaktnahme angegeben. Auf der Homepage der D. wurden Mitte März drei Fahrzeuge zum Verkaufspreis von Fr. 6'900.00 (2) und Fr. 5'490.00 angeboten.

Der Beschwerdeführer hatte nach der Mitteilung, seine selbständige Erwerbstätigkeit aufzugeben, drei eingelöste Motorfahrzeuge nicht exmatrikulieren lassen. Die Liquidation der Geschäfte wird vom Beschwerdeführer nicht behauptet und ist nicht ersichtlich. Aufgrund der vorliegenden Umstände ist nicht glaubwürdig, dass der Beschwerdeführer seine selbständige Erwerbstätigkeit im November 2014 tatsächlich aufgab. Mit Verweis auf den vordergründigen Verkauf des Geschäfts, die weiterhin ausgeübten beruflichen Aktivitäten, die Firmenhomepages und die Immatrikulierung dreier Geschäftsfahrzeuge ist demgegenüber davon auszugehen, dass er seine Geschäftstätigkeit entgegen seiner Mitteilung weiterhin ausübte.

8.

8.1.

Die Wiederaufnahme bzw. Weiterführung der unrentablen selbständigen Erwerbstätigkeit, welche der Beschwerdeführer ab Mai 2015 einräumt, ist sozialhilferechtlich problematisch.

8.2.

Die SKOS-Richtlinien empfehlen, materielle Unterstützung an selbständig Erwerbende nur zu gewähren, wenn gleichzeitig eine Überprüfung der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit des Geschäfts erfolgt (vgl. vorne Erw. 4.2). Bei der Gewährung von Sozialhilfe sind die Netto-Einkünfte aus der selbständigen Erwerbstätigkeit als Erwerbseinkommen anzurechnen, wobei der jeweils erzielte Gewinn massgebend ist, nicht die Bruttoeinnahmen (VGE III/72 vom 1. Juni 2015 [WBE.2015.85], Erw. II/3.3; IV/8 vom 14. Februar 2005 [BE.2004.00259], S. 19). Als eigene Mittel anrechenbar sind weiter

(Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 2009 [VB.2008.00577], Erw. 4.2; WIZENT, a.a.O., S. 525).

6.

Der Beschwerdeführer wurde als selbständig Erwerbender in den Jahren 2012 bis 2014 von der Gemeinde B. ergänzend unterstützt. Im Jahr 2012 wurden ihm Fr. 11'699.45, im 2013 Fr. 24'333.65 und im 2014 Fr. 7'117.60 an materieller Hilfe ausbezahlt, insgesamt Fr. 43'150.70.

Das Kantonale Steueramt prüfte für die Steuerperioden 2012 und 2013 die Buchhaltungen der Firmen. Danach resultierte aus der Jahresrechnung 2012 ein Verlust von rund Fr. 3'000. Das Einkommen des Beschwerdeführers sei ermessensweise auf Fr. 0.00 festzulegen. Das steuerbare Einkommen der Periode 2013 sei ebenfalls mit Fr. 0.00 zu veranlagern.

Mit dem Gesuch um materielle Hilfe vom 11. November 2014 teilte der Beschwerdeführer dem kommunalen Sozialdienst mit, nicht mehr selbständig erwerbend zu sein. Damit erübrige sich die verlangte Prüfung der Wirtschaftlichkeit seiner Geschäfte. Per 30. November 2014 wurde das Abrechnungskonto bei der SVA Zürich (Ausgleichskasse) geschlossen und war der Beschwerdeführer dort nicht mehr als selbständig Erwerbender registriert.

Im Beschluss vom 31. März 2015 stellte der Gemeinderat B. bisher gewährte Nothilfeleistungen ein. Der Beschwerdeführer habe anfangs Februar 2015 beim Abschluss eines Vertrags seine Geschäftsadresse in C. angegeben. Kontrollen hätten ergeben, dass sich der Beschwerdeführer regelmässig im Geschäft aufhalte, das Telefon bediene und am Computer arbeite. Auf den Homepages werde er nach wie vor als Geschäftsinhaber geführt. Der Beschwerdeführer habe hierzu keine schlüssigen Angaben machen können.

7.

Die Darstellung des Beschwerdeführers, wonach er das Geschäftsinventar am 10. November 2014 infolge Geschäftsaufgabe verkauft und am 2. Mai 2015 wieder zurückgekauft habe, wirkt konstruiert. Die Modalitäten der angeblichen Übertragung und Rückübertragung werfen wegen der Adresse des Vertragspartners in Fern-

gesuchstellenden 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 (AGVE 2009, S. 230).

Selbständig Erwerbende können von der Sozialhilfe grundsätzlich nur für eine befristete Zeit im Sinne einer Überbrückungshilfe bei bestehender selbständiger Erwerbstätigkeit ergänzend unterstützt werden. Betriebskosten werden in der Regel nicht zu Lasten der Sozialhilfe übernommen. Kleininvestitionen können zu Lasten der Sozialhilfe getätigt werden, wenn der Betrieb bereits den Lebensunterhalt abwirft, dadurch die Sozialhilfeabhängigkeit vermeidet, und dies auch künftig der Fall ist (vgl. SKOS-Richtlinien, Kapitel H.7; GUIDO WIZENT, *Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit*, Zürich/St. Gallen 2014, S. 364; AGVE 2004, S. 251 f.). Die SKOS-Richtlinien empfehlen, Unterstützung nur zu gewähren, wenn gleichzeitig eine Überprüfung der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit des Betriebes erfolgt (Kapitel H.7; CLAUDIA HÄNZI, *Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe*, Basel 2011, S. 202).

5.

Nach § 17 Abs. 1 VRPG ermitteln die Behörden den Sachverhalt, unter Beachtung der Vorbringen der Parteien, von Amtes wegen und stellen die dazu notwendigen Untersuchungen an. Die Parteien sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (§ 23 Abs. 1 VRPG). Wenn eine Partei die notwendige und zumutbare Mitwirkung verweigert, ist die Behörde nicht verpflichtet, auf deren Begehren einzutreten; diese Rechtsfolge ist vorher anzudrohen. Im Übrigen würdigt sie dieses Verhalten frei (Abs. 2). Die sozialhilferechtliche Melde- und Mitwirkungspflicht ergibt sich aus § 2 SPG und § 1 SPV. Der Sozialbehörde ist es nicht möglich, die wirtschaftliche Situation der Betroffenen ohne deren genaue Angaben zu überprüfen. Als selbständig Erwerbende mit komplexeren Einkommensverhältnissen trifft sie eine erhöhte Mitwirkungspflicht

Verschleierung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse zusätzlich materielle Hilfe erhältlich zu machen.

4.4.5.

Aufgrund der rechtsmissbräuchlichen Verhaltensweise des Beschwerdeführers ist die Anrechnung hypothetischer eigener Mittel im Betrag von Fr. 153.00 pro Monat nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

36 Sozialhilfe; selbständige Erwerbstätigkeit

- **Selbständig Erwerbende können grundsätzlich nur für eine befristete Zeit im Sinne einer Überbrückungshilfe bei bestehender selbständiger Erwerbstätigkeit ergänzend unterstützt werden.**
- **Sie trifft eine erhöhte Mitwirkungspflicht.**
- **Entfallen des Anspruchs auf materielle Hilfe bei vorbestehender dreijähriger Sozialhilfeabhängigkeit und Wiederaufnahme einer unrentablen selbständigen Erwerbstätigkeit**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 13. Juli 2016 in Sachen A. gegen Gemeinderat B. und Departement Gesundheit und Soziales (WBE.2016.175).

Aus den Erwägungen

1.–3. (...)

4.

4.1.

Anspruch auf Sozialhilfe besteht, sofern die eigenen Mittel nicht genügen und andere Hilfeleistungen nicht rechtzeitig erhältlich sind oder nicht ausreichen (§ 5 Abs. 1 SPG).

4.2.

Mit der Sozialhilfe dürfen keine selbständigen Erwerbstätigkeiten mitfinanziert werden, die nicht geeignet sind, die Notlage einer

Mit Schreiben vom 12. Juni 2015 wurde der Beschwerdeführer von der Einwohnerkontrolle B. aufgefordert, zwecks Wiederanmeldung am Schalter vorzusprechen, da offensichtlich kein Wegzug nach Italien stattgefunden hatte. Am 22. Juni 2015 bestätigte der Vermieter die Weiterführung des Mietverhältnisses über den 1. Juli 2015 hinaus. Gegenüber der Sozialbehörde B. gab der Beschwerdeführer Ende Juni 2015 an, dass er das Freizügigkeitsguthaben im Mai/Juni 2015 bereits für die Tilgung von Privatschulden verwendet habe. Der noch verfügbare Restbetrag reiche knapp für seinen Lebensunterhalt für den Monat Juli 2015 aus, er könne jedoch den Mietzins für diesen Monat nicht bezahlen. Damit verbrauchte der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben innert eines Monats (20. Mai – Ende Juni 2015) beinahe das gesamte Freizügigkeitsguthaben von Fr. 23'336.22 und ersuchte unmittelbar im Anschluss bei der Sozialbehörde um weitere materielle Hilfe. Bei der behaupteten Verwendung des Freizügigkeitsguthabens (siehe vorne Erw. 4.4.1), welche bei objektiver Betrachtungsweise nur als unvernünftig bezeichnet werden kann, muss sich der Beschwerdeführer behaften lassen. Es ist treuwidrig, dass eine unterstützte Person in angespannten finanziellen Verhältnissen ihr Altersvorsorgekapital unter dem Vorwand, die Schweiz definitiv zu verlassen, bezieht, anschliessend mit dem Geld nach Italien reist, Privatschulden in bar tilgt und bereits einen Monat nach der Auszahlung bei der Sozialbehörde um erneute materielle Hilfe ersucht.

Gesamthaft betrachtet ist das Verhalten des Beschwerdeführers widersprüchlich und missbräuchlich: Die veranlasste Auszahlung der Altersvorsorge unter dem Vorwand des Wegzugs aus der Schweiz, die Weiterführung des Mietverhältnisses ohne Unterbruch bzw. Auszug aus der Wohnung trotz der Abmeldung bei der Einwohnerkontrolle, die unvernünftige Verwendung des Freizügigkeitsguthabens sowie die Verletzung der Meldepflicht gegenüber der Sozialbehörde bei durchgehender Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen trotz vorhandener Eigenmittel lassen bei einer Gesamtwürdigung darauf schliessen, dass das Verhalten des Beschwerdeführers – aus sozialhilferechtlicher Sicht – einzig darauf ausgerichtet war, unter

musste als ehemaligem Selbständigerwerbenden, welcher unter anderem nachweislich von C. nach B. umgezogen war, bekannt sein, dass ein Mietvertrag nicht per sofort und ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beliebig aufgelöst werden kann. Das Verhalten des Beschwerdeführers legt nahe, dass er keine Absicht hatte, aus der Wohnung auszuziehen bzw. jemals die Schweiz definitiv in Richtung Italien zu verlassen. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer sich zwar bei der Einwohnerkontrolle B. abgemeldet hatte, jedoch die Sozialbehörde B., welche seinen Mietzins beglich, nie informierte. Daher wurden – trotz der Verfügbarkeit des Freizügigkeitsguthabens, welches ihm spätestens am 20. Mai 2015 zugeflossen ist – durchgehend Sozialhilfeleistungen ausgerichtet. Da keine Meldung seitens des Beschwerdeführers über die Änderungen seiner finanziellen Verhältnisse erfolgte, beglich die Sozialbehörde B. im Nichtwissen um diese erhebliche Tatsache weiterhin den Mietzins und zahlte den Grundbetrag aus. Damit verschwieg der Beschwerdeführer gegenüber der Sozialbehörde B. bewusst seine zumindest vorübergehend fehlende Bedürftigkeit und verletzte seine Mitwirkungs- und Meldepflicht nach § 2 Abs. 3 SPG und § 1 Abs. 2 SPV.

4.4.4.

Hinsichtlich der behaupteten Schuldenbegleichung ist festzuhalten, dass diese, wie die Verwendung für Auslagen, nur dann zu einer Anrechnung führen kann, wenn sich aus den konkreten Umständen objektiv eine unvernünftige Mittelverwendung ableiten lässt. Als unvernünftig zu qualifizieren sind Schuldenzahlungen oder Ausgaben, welche üblicherweise von Personen in angespannten finanziellen Verhältnissen, welche keine Sozialhilfe beziehen, nicht getätigt werden. Der Vorwurf eines nicht haushälterischen Umgangs mit den Einnahmen kann jedenfalls nicht allein mit der rechnerischen Differenz zwischen den tatsächlichen Ausgaben und dem Sozialhilfebudget begründet werden. Die Anrechnung eigener hypothetischer Mittel rechtfertigt grundsätzlich nur ein Verhalten, welches einzig oder überwiegend auf die Ausrichtung von materieller Hilfe gerichtet ist (vgl. VGE IV/4 vom 13. Februar 2008 [WBE.2007.199], Erw. II/4.4.2).

erhalten (PETER MÖSCH PAYOT, in: CHRISTOPH HÄFELI [Hrsg.], Das Schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 285). Hinsichtlich der Sanktionierung von Rechtsmissbrauch müssen das Verhältnismässigkeitsprinzip und die jeweiligen Sanktionsregeln beachtet werden.

Grundsätzlich kann ein hypothetisches Einkommen, also dasjenige, welches bei pflichtgemässer Verwertung der eigenen Leistungsfähigkeit erwirtschaftet werden könnte, nicht aufgerechnet werden. Auf die Verletzung der Pflicht, die eigene Arbeitskraft zu verwerten, ist deshalb mit Kürzungen des Grundbedarfs zu reagieren (CLAUDIA HÄNZI, in: HÄFELI [Hrsg.], a.a.O., S. 141 f.). Davon zu unterscheiden ist der Fall, wenn die unterstützte Person Einkommen erzielt, diesen Umstand und/oder die Höhe der erzielten Einkünfte jedoch pflichtverletzend verschweigt. Hier ist die Anrechnung eines geschätzten Einkommens zulässig (vgl. HÄNZI, a.a.O., S. 141 mit Hinweisen).

4.4.3.

Der hierzu massgebliche Sachverhalt präsentiert sich wie folgt:

Der Beschwerdeführer beabsichtigte eigenen Angaben zufolge, nach Italien auszuwandern, und meldete sich am 27. April 2015 bei der Einwohnerkontrolle B. per 31. Mai 2015 ab. Am 29. April 2015 ging seine Wohnungskündigung per 30. Juni 2015 bei seinem Vermieter ein. Der Vermieter bestätigte den Erhalt, machte den Beschwerdeführer aber darauf aufmerksam, dass eine ordentliche Kündigung gemäss Mietvertrag erst per 30. September 2015 erfolgen könne. Der Beschwerdeführer könne einen geeigneten Nachmieter vorschlagen oder allenfalls auf eigene Initiative und/oder in Absprache mit dem Vermieter eine Wohnungsanzeige aufgeben. Dass der Beschwerdeführer diesbezügliche Schritte unternommen hat, lässt sich den Akten nicht entnehmen und wurde von ihm auch nicht geltend gemacht. Im Gegenteil: Der Beschwerdeführer lebte weiterhin in seiner Wohnung, ohne ernsthafte Schritte zur Umsetzung der geplanten Auswanderung zu unternehmen; insbesondere hat er den Haushalt nie aufgelöst oder seine Möbel nach Italien transportieren lassen. Die Wohnungskündigung erfolgte ohne Rücksicht auf die vertraglichen Kündigungsfristen und -termine. Dem Beschwerdeführer

genden Verfahren nicht strittig, weshalb die Frage offen bleiben kann.

Strittig sind hingegen die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Privatschulden in der Höhe von Fr. 10'800.00. Diesbezüglich führt er zwar eine Liste mit Namen von sieben verschiedenen Gläubigern samt Telefonnummern an; es lässt sich den Akten jedoch nicht entnehmen, ob und in welchem Umfang die vom Beschwerdeführer behaupteten Privatschulden tatsächlich bestanden haben. In den Akten befinden sich weder Darlehensverträge noch Quittungen bzw. schriftliche Bestätigungen von Gläubigern für die Tilgung von Schulden. Augenfällig ist an der Gläubigerliste, dass der aufgeführte höchste Betrag von Fr. 8'000.00 zur Schuldentilgung an die in Italien ansässige Mutter des Beschwerdeführers geflossen sein soll. Es kann im Hinblick auf die Grundsätze des Sozialhilferechts zum einen nicht angehen, dass eine unterstützte Person mit anrechenbaren eigenen Mitteln ihre im Ausland wohnhafte Mutter begünstigt, während sie selbst weiterhin zu Lasten des Staats materiell unterstützt wird. Unter den vorliegenden Umständen ist zum anderen die Mittelverwendung für die Begleichung der Privatschulden durch den Beschwerdeführer nicht plausibel. Es ist aufgrund fehlender Belege und der bloss rudimentären Angaben des Beschwerdeführers zur behaupteten Schuldenbegleichung nicht erwiesen, dass die bestehenden Mittel tatsächlich verbraucht wurden. Diese Sachverhaltsfrage kann indessen offen bleiben. Das Gesamtverhalten des Beschwerdeführers ist, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ohnehin rechtsmissbräuchlich und findet daher keinen Rechtsschutz.

4.4.2.

Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Institut nicht schützen will (vgl. VGE IV/2 vom 27. Januar 2005 [BE.2004.00386], Erw. II/3a und 3b). Im sozialhilferechtlichen Sinne liegt Rechtsmissbrauch dann vor, wenn das Verhalten der unterstützten Person einzig darauf gerichtet ist, in den Genuss von materieller Hilfe zu gelangen (§ 15 Abs. 3 SPV; vgl. auch BGE 121 I 367, Erw. 3d) bzw. wenn jemand eine Notlage bewusst herbeiführt oder aufrechterhält, um so Sozialhilfeleistungen zu

weisen; VGE IV/2 vom 25. Januar 2010 [WBE.2006.455], Erw. II/4.2.4).

4.3.2.

§ 2 SPG und § 1 SPV regeln die Mitwirkungs- und Meldepflicht. Danach sind Personen, die Leistungen nach dem SPG geltend machen, beziehen oder erhalten haben, verpflichtet, über ihre Verhältnisse wahrheitsgetreu und umfassend Auskunft zu geben sowie Änderungen der Verhältnisse sofort zu melden (§ 2 Abs. 1 SPG i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 SPV; SKOS-Richtlinien, Kapitel A.5.2). Für die Beweislast gilt im Verwaltungsprozess Art. 8 ZGB analog; die Folgen der Beweislosigkeit trägt jene Partei, die aus dem nicht bewiesenen Sachumstand Rechte ableitet (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 988 mit Hinweisen).

4.4.

4.4.1.

Laut Belastungsanzeige der Neuen Aargauer Bank wurden dem Beschwerdeführer Freizügigkeitsleistungen in der Höhe von Fr. 23'336.22 ausbezahlt. Damit verfügte der Beschwerdeführer spätestens dann über den Betrag. Nachdem er seinen Plan, nach Italien auszuwandern, nicht umgesetzt hatte, beglich er mit dem Geld eigenen Angaben zufolge Privatschulden. Soweit der Beschwerdeführer damit geltend macht, er hätte das Freizügigkeitsguthaben bereits verbraucht, hat er dessen Verwendung, sofern möglich, mit Quittungen nachzuweisen. Als Beleg reichte er der Vorinstanz auf deren Aufforderung hin eine handschriftlich verfasste Zusammenstellung der Mittelverwendung ein. Der Zusammenstellung sind die Begleichung diverser offener Rechnungen, unter anderem für die Mietzinse Januar, März, April und Juni, Mietzinskaution und Zahlungen an das Betreibungsamt im Umfang von Fr. 9'737.00 sowie Ausgaben für zweimalige Reisen nach Italien in der Höhe von Fr. 4'400.00 zu entnehmen. Hinsichtlich der Mietzinse für die Monate Januar und März ist fragwürdig, ob der Beschwerdeführer tatsächlich eine Zahlung getätigt hat; denn die monatliche Verrechnung der zweckentfremdeten materiellen Hilfe von Fr. 190.00 begleicht gerade diese ausgefallenen Mietzinse. Diese Ausgaben sind aber im vorlie-

barkeit (Tatsächlichkeitsprinzip, vgl. GUIDO WIZENT, Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit, Zürich/St. Gallen 2014, S. 211 ff.).

4.2.

4.2.1.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die monatliche Anrechnung eines Betrags von Fr. 153.00 als eigene Mittel erfolge rechtswidrig. Er habe mit dem ausbezahlten Freizügigkeitsguthaben von Fr. 23'336.22 unter anderem Privatschulden in der Höhe von Fr. 10'800.00 beglichen. Damit macht der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, dass eine Anrechnung als eigene Mittel mangels Verfügbarkeit unzulässig sei.

4.2.2.

Die Vorinstanz bringt dagegen vor, der Beschwerdeführer habe nicht ausreichend nachgewiesen, dass er den fraglichen Betrag tatsächlich verbraucht habe. Damit sei die erneute Bedürftigkeit des Beschwerdeführers nicht nachgewiesen. In einem solchen Fall bestehe grundsätzlich kein Anspruch auf ordentliche Sozialhilfe, sondern nur ein Anspruch auf Nothilfe i.S.v. Art. 12 BV.

4.3.

4.3.1.

Nach § 17 VRPG ermitteln die Behörden den Sachverhalt, unter Beachtung der Vorbringen der Parteien, von Amtes wegen und stellen die dazu notwendigen Untersuchungen an. Die behördliche Abklärungspflicht bezieht sich dabei nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist. In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden zusätzliche Abklärungen stets dann vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hierzu auf Grund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (VGE IV/81 vom 29. November 2012 [WBE.2012.148], Erw. II/3.5). Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die rechtsanwendende Behörde dazu, vor der Entscheidfällung den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig abzuklären, sie trägt die Verantwortung für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen (AGVE 2002, S. 397 mit Hin-

gen Mittelverwendung und der Verletzung der Meldepflicht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar, welches die Anrechnung hypothetischer eigener Mittel rechtfertigt.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 28. April 2016 in Sachen A. gegen Sozialkommission B. und Departement Gesundheit und Soziales (WBE.2015.450).

Aus den Erwägungen

1.–3. (...)

4.

4.1.

Der Rechtsanspruch auf Sozialhilfe besteht nach Art. 12 BV und § 39 KV sowie den gesetzlichen Bestimmungen für die Existenzsicherung gemäss § 4 Abs. 1 SPG i.V.m. § 3 Abs. 1 SPV unter der Voraussetzung, dass eine Notlage besteht und derjenige, der in Not gerät, nicht in der Lage ist, rechtzeitig für sich zu sorgen (vgl. BGE 130 I 71, Erw. 4.3; AGVE 2005, S. 293 mit Hinweisen). Damit wird der Grundsatz der Subsidiarität der Sozialhilfe ausgedrückt. Die Hilfe suchende Person ist verpflichtet, sich nach Möglichkeit selbst zu helfen; sie muss 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, A.4-2).

Nach § 5 Abs. 1 SPG setzt der Anspruch auf Sozialhilfe unter anderem voraus, dass die eigenen Mittel nicht genügen. Als eigene Mittel bezeichnet das Gesetz namentlich Einkünfte und Zuwendungen aller Art sowie Vermögen (§ 11 Abs. 1 SPG). Der Vermögensfreibetrag beläuft sich auf Fr. 1'500.00 pro Person (§ 11 Abs. 4 SPV). Voraussetzung der Anrechnung von Einkommen und Vermögen als eigene Mittel ist grundsätzlich die tatsächliche Verfüg-

genüber den Pflegeeltern heben die Grundsätze der Subsidiarität und der Existenzsicherung (Bedürftigkeit) in der Sozialhilfe nicht auf. Auch Vorschussleistungen gemäss § 12 Abs. 1 SPG unterstehen dem Subsidiaritätsprinzip, wonach Sozialhilfeleistungen nur gewährt werden, soweit die hilfeschende Person keinen Zugang zu andern, zumutbaren Hilfsquellen hat (vgl. dazu AGVE 2014, S. 210 und BGE 141 I 153, Erw. 4.2 mit Hinweisen).

Bezüglich der Kosten, welche das Pflegegeld decken soll, besteht grundsätzlich kein Anspruch des Beschwerdegegners auf Sozialhilfeleistungen. Dies trifft im Falle der Zahlung des Pflegegeldes durch die sorgeberechtigten Eltern an die Pflegeeltern voraussetzungslos zu auf die Kosten der Unterkunft, Ernährung, Betreuung und Erziehung sowie die Nebenkosten. Im Falle unterbliebener oder nicht rechtzeitig erhältlicher Zahlung kann sich die Frage der Bevorschussung stellen. Ausweislich der Akten sind keine zivilrechtlichen Schritte zur Einforderung oder neuen Festlegung des Pflegegeldes oder von Unterhaltsbeiträgen unternommen worden. Die Anspruchsvoraussetzungen für Sozialhilfeleistungen liegen beim Beschwerdegegner bezüglich der vom Pflegegeld abgedeckten Kosten nicht vor.

9.2.

Entgegen dem angefochtenen Entscheid besteht keine Grundlage für die Übernahme des vertraglich vereinbarten Pflegegeldes durch Sozialhilfeleistungen an den Beschwerdegegner. Entsprechende Fürsorgeleistungen können insbesondere nicht auf Kapitel B.2.5 der SKOS-Richtlinien abgestützt werden (betreffend Personen in stationären Einrichtungen). Die Voraussetzungen zur Gewährung von Vorschussleistungen gemäss § 12 Abs. 1 SPG liegen nach dem Gesagten nicht vor. Damit ist der angefochtene Entscheid diesbezüglich aufzuheben.

35 Sozialhilfe; Anrechnung hypothetischer eigener Mittel

Die unter dem Vorwand des Wegzugs erwirkte Auszahlung eines Freizügigkeitsguthabens stellt in Verbindung mit einer objektiv unvernünfti-

Darüber hinaus regelt das Sozialhilferecht, wenn weder die Eltern noch die Verwandten den Unterhalt, d.h. das Pflegegeld und die weiteren Auslagen, bestreiten können (Art. 293 ZGB). Soweit die Kindesschutzbehörde Massnahmen zur Fremdplatzierung und zum Pflegeverhältnis trifft, besteht eine Bevorschussungspflicht der Gemeinde auch für den Kindesunterhalt (§ 67 Abs. 5 EG ZGB). Das aargauische Sozialhilferecht kennt darüber hinaus keine besonderen Bestimmungen zur Kindersozialhilfe (vgl. zu den besonderen Regelungen in andern Kantonen: CLAUDIA HÄNZI, Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, Basel 2011, S. 94 f.). Ein Anspruch auf materielle Hilfe besteht für Unterhaltsberechtignte, wenn sie trotz Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge unterstützungsbedürftig sind.

Bei der Fremdplatzierung im Rahmen der elterlichen Sorge und ohne Entscheid der Kindesschutzbehörde gemäss Art. 310 ZGB besteht eine Rechtsgrundlage zur Bevorschussung der Pflegekosten nur in § 12 Abs. 1 SPG und § 6 Abs. 1 Satz 2 SPV. Sie folgt mittelbar aus Art. 12 BV: Eine Verweigerung der Bevorschussung der Pflegekosten kann zu einer Notlage des Kindes führen und zudem für die Pflegeeltern existenzgefährdend werden und wäre daher mit dem Grundrechtsschutz gemäss Art. 12 BV nicht vereinbar. Die Sozialbehörde hat die unterhaltspflichtigen Eltern zunächst zur Leistung des Pflegegeldes und der weiteren Auslagen anzuhalten. Unterbleibt jede oder eine rechtzeitige Leistung, sind Pflegekosten im existenznotwendigen Umfang zu übernehmen, d.h. zu bevorschussen. Vorschussleistungen der Sozialhilfe erfolgen aber nur subsidiär.

7.–8. (...)

9.

9.1.

Wie sich aus vorstehenden Erwägungen ergibt, besteht ein zivilrechtlicher Anspruch der Pflegemutter auf ein Pflegegeld im Betrag von Fr. 1'138.35 pro Monat. Schuldnerin der Pflegekosten ist die sorgeberechtigte Mutter. Dem Beschwerdegegner stehen zivilrechtliche Unterhaltsansprüche zu.

Die privatrechtlichen Bestimmungen zur Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem Pflegekind und ihre (Zahlungs-) Pflichten ge-

Der Anspruch auf Pflegegeld ist im Zivilrecht begründet. Schuldner des Pflegegeldes ist der Vertragspartner der Pflegeeltern; es sind dies (trotz Bewilligungsbedürftigkeit: Art. 4 PAVO) die leiblichen Eltern, wo das Kind auf ihren Wunsch bei Pflegeeltern untergebracht wird. Erfolgt die Fremdunterbringung aufgrund behördlicher Anordnung, ist gegenüber den Pflegeeltern das Gemeinwesen Schuldner, welches aber auf die Eltern regressieren kann (Art. 289 Abs. 2 ZGB; vgl. BREITSCHMID, a.a.O., Art. 294 N 2).

3.–5. (...)

6.

Die von der Kindesschutzbehörde genehmigten Kindesunterhaltsverträge sind für die Sozialbehörden auch öffentlich-rechtlich verbindlich (SKOS-Richtlinien, F.3.3). Die gleiche Verbindlichkeit kommt Pflegeverträgen zu, die im Anschluss an Kindesschutzmassnahmen vom Vormund mit der (vorschusspflichtigen) Gemeinde als Vertragspartei geschlossen werden. Keine Bindung der Sozialbehörde besteht, wenn der Pflegevertrag zwischen Eltern und Pflegeeltern abgeschlossen wurde (anderer Ansicht für ein vereinbartes Pflegegeld im Rahmen der kantonalen Richtlinien: KARIN ANDERER, Das Pflegegeld in der Dauerfamilienpflege und die sozialversicherungsrechtliche Rechtsstellung der Pflegeeltern, in: Schriften zum Sozialversicherungsrecht [SzS], Band/Nr. 26, Zürich 2012, Rz. 301; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. November 2010 [VB.2010.00377], Erw. 4.4).

Das aargauische Sozialhilferecht regelt mit Bezug auf den Kindesunterhalt ausdrücklich nur die Inkassohilfe (§ 31 SPG) und die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (§§ 32 ff. SPG). Beide Institute können nicht zur Anwendung gelangen, weil der Beschwerdegegner zivilrechtlichen Wohnsitz bei der sorgeberechtigten Mutter hat, welche heute in Zürich lebt (vgl. Art. 25 Abs. 1 ZGB). Unterhalts- und Pflegekosten können nicht mit Beschluss der Sozialbehörde festgesetzt oder eingefordert werden. Fehlt eine vertragliche Vereinbarung mit dem Gemeinwesen, ist grundsätzlich Zivilklage gegen die unterhaltspflichtigen Eltern zu erheben (Art. 279 ZGB).

Erw. 4 und Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 18. Juni 2013 [U 12 132], Erw. 6c). Die Pflicht zur Bevorschussung durch die Gemeinde gilt bei Kindesschutzmassnahmen auch dann, wenn diese nicht Partei eines Pflegevertrages ist. Das Regressrecht der Gemeinde ist zivilrechtlicher Natur (Art. 289 Abs. 2 ZGB) und auf dem Zivilweg geltend zu machen.

Ein formeller Obhutsentzug mit Fremdplatzierung wurde vorliegend nicht angeordnet. Mit Beschluss des Stadtrats Bremgarten wurde eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Die Beiständin wurde u.a. mit der Regelung der finanziellen und persönlichen Belange beauftragt. Schliesslich ernannte das Familiengericht Bremgarten einen neuen Beistand gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB, welchem die Einforderung der finanziellen Ansprüche im Namen des Kindes sowie die Ausarbeitung einer Unterhaltsregelung übertragen wurde. Eine Beschränkung der elterlichen Sorge besteht nicht (Art. 308 Abs. 3 ZGB). Die Platzierung des Beschwerdegegners bei der Grossmutter und Pflegemutter erfolgte im Rahmen der elterlichen Sorge (vgl. DANIEL ROSCH/ANDREA HAURI, in: DANIEL ROSCH/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS/CHRISTOPH HECK [Hrsg.], Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Luzern 2016, Rz. 1081). Eine Kindesschutzmassnahme liegt diesbezüglich nicht vor (vgl. BREITSCHMID, a.a.O., Art. 310 N 16; AGVE 2010, S. 25). Die Errichtung der Beistandschaft hat nicht zur Folge, dass gestützt auf § 67 Abs. 5 EG ZGB eine Pflicht der Gemeinde besteht, das den Pflegeeltern zustehende Pflegegeld zu bevorschussen.

2.3.

Höhe und Umfang der Pflegekosten werden bei der *freiwilligen Platzierung* in einem Pflegevertrag zwischen den Pflegeeltern und dem sorgeberechtigten Elternteil geregelt. Der Pflegevertrag ist kein Unterhaltsvertrag im Sinne von Art. 287 ZGB und untersteht keiner Genehmigungspflicht. Die Familienpflege (Art. 4 PAVO) und die Tagespflege (Art. 12 PAVO) sind zwar bewilligungspflichtig und unterstehen der Aufsicht (Art. 316 ZGB und Art. 1 PAVO). Zuständige Behörde ist der Gemeinderat (§ 55e Abs. 2 EG ZGB). Prüfungspflicht und Aufsicht erstrecken sich aber nicht auf den Pflegevertrag (Art. 5 und 10 PAVO).

2.1.

Nach Art. 294 Abs. 1 ZGB haben Pflegeeltern Anspruch auf ein angemessenes Pflegegeld, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist oder sich eindeutig aus den Umständen ergibt. Unentgeltlichkeit ist zu vermuten, wenn Kinder von nahen Verwandten aufgenommen werden (vgl. Abs. 2).

Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b der Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (Pflegekinderverordnung, PAVO; SR 211.222.338) ist es den Kantonen vorbehalten, Richtlinien für die Festsetzung von Pflegegeldern zu erlassen.

Im Kanton Aargau erliess die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts die Richtlinien zur Bemessung der Pflegekosten für Pflegekinder vom 1. bis 18. Altersjahr (abrufbar unter

https://www.ag.ch/de/gerichte/kesb/dokumente_1/kreisschreiben_6/kreisschreiben_11.jsp). Danach besteht das Pflegegeld in einer Abgeltung der Unterhaltskosten am Pflegeplatz, d.h. Pflegekosten, und in einer Entschädigung der Pflegeeltern für den Betreuungsaufwand. Es ist in einem Pflegevertrag zwischen den Pflegeeltern und dem sorgeberechtigten Elternteil bzw. der fremdplatzierenden Behörde auszuhandeln und festzulegen. Für Pflegekinder, die sich dauernd in der Pflegefamilie aufhalten, wird ein monatliches Pflegegeld von pauschal Fr. 1'300.00 (zuzüglich Fr. 100.00 für Bekleidung) empfohlen.

2.2.

Bei Kindesschutzmassnahmen sind die Kosten von der Gemeinde zu bevorschussen (§ 67 Abs. 5 EG ZGB). Bei Fremdplatzierungen auf Anordnung der Kindesschutzbehörde gemäss Art. 310 ZGB wird in der Praxis der Pflegevertrag auf Anordnung der Kindesschutzbehörde durch den Vormund mit der vorschusspflichtigen Gemeinde als (primärer) Kostenträgerin abgeschlossen. Partei des Pflegevertrages und Schuldnerin der Pflege- und Betreuungskosten ist in diesen Fällen die Gemeinde. Die Schuldpflicht der Gemeinde ist im Zivilrecht begründet (PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, 2014, Art. 294 N 2 und Art. 310 N 16; ebenso Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2010 [VB.2010.00411],

VIII. Sozialhilfe

34 Sozialhilfe; materielle Hilfe des Pflegekindest

- Im Unterschied zu Kindesschutzmassnahmen besteht bei der freiwilligen Platzierung eines Pflegekindest gestützt auf § 67 Abs. 5 EG ZGB keine Pflicht der Gemeinde zur Bevorschussung des Pflegegeldes.
- Für Vorschussleistungen für vom Pflegegeld abgedeckte Ausgaben gilt das sozialhilferechtliche Subsidiaritätsprinzip.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 22. März 2016 in Sachen Einwohnergemeinde A. gegen B. und Departement Gesundheit und Soziales (WBE.2015.387).

Aus den Erwägungen

1.

Zuständig und zur wirksamen Hilfeleistung verpflichtet ist die Gemeinde am Unterstützungswohnsitz, bei Personen ohne Unterstützungswohnsitz und im Notfall die Gemeinde am Aufenthaltsort der Hilfe suchenden Person (§ 6 Abs. 1 SPG). Für die Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes und des Aufenthaltsortes gelten gemäss § 6 Abs. 3 SPG die Vorschriften des ZUG. Der Beschwerdegegner steht unter elterlicher Sorge und verfügt über einen Beistand (Art. 308 ZGB), er ist aber nicht bevormundet (Art. 327a ZGB). Nachdem seine leibliche Mutter den Wohnsitz nach Zürich verlegt hatte, begründete er gemäss Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG in A. einen eigenen Unterstützungswohnsitz bzw. wurde der zunächst abgeleitete Unterstützungswohnsitz selbständig. Damit war der Gemeinderat A. zuständig, über das Gesuch des Beschwerdegegners um materielle Hilfe zu entscheiden.

2.

Einrichtung oder Strafanstalt, in der die Trennung vollzogen wird, die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet ist.

Im Bezirksgefängnis, in welches der Beschwerdeführer versetzt wurde, werden in erster Linie Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie Freiheitsstrafen von bis zu einem Monat vollzogen. Daneben befinden sich dort Personen die ihre Strafe tageweise oder in Halbgefangenschaft verbüssen und vorläufig Festgenommene sowie Transportanten. Schliesslich werden auch Personen aufgenommen, die von einer anderen Anstalt zur Verfügung gestellt werden, für die Dauer bis zur Einweisung in eine andere Anstalt (§ 14 SMV). In einem Bezirksgefängnis bestehen jedoch weder die Räumlichkeiten für eine therapeutische Behandlung noch ist das notwendige Fachpersonal vor Ort. Es findet denn auch für den Beschwerdeführer seit der Versetzung vom 17. Juli 2015 keine Therapie mehr statt. Bezirksgefängnisse können nicht für den Vollzug von Massnahmen benutzt werden, solange dort keine Therapie angeboten wird. Die Versetzung ins Bezirksgefängnis erweist sich daher schon wegen des fehlenden Therapieangebots gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB als unzulässig.

3.

3.1.

Nicht beantwortet werden muss hier die Frage, ob allenfalls eine sehr kurzfristige Unterbringung eines Täters, für den eine stationäre Massnahme angeordnet wurde, in einem Bezirksgefängnis möglich ist. Dies scheint jedenfalls für den Fall einer Disziplinierung oder eine kurze Wartefrist, bevor der Täter in eine andere Einrichtung, welche den Anforderungen von Art. 59 Abs. 3 StGB genügt, nicht von vornherein ausgeschlossen. Der hier zu beurteilende inzwischen mehr als ein Jahr dauernde Aufenthalt im Bezirksgefängnis verletzt indessen die gesetzliche Regelung klar und ist daher raschmöglichst zu beenden.

(Hinweis: Das Bundesgericht trat auf die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in Strafsachen mit Urteil vom 16. September 2016 [6B_865/2016] nicht ein.)

2.2.

Hinzu kommt, dass die Unterbringung im Bezirksgefängnis Baden auch grundsätzlich der gesetzlichen Regelung widerspricht.

2.2.1.

Die stationäre Behandlung eines Täters, für den nach Art. 59 StGB eine stationäre Massnahme angeordnet wurde, erfolgt in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder einer Massnahmenvollzugseinrichtung (Art. 59 Abs. 2 StGB). Grundsätzlich ist dann auch eine ununterbrochene Trennung von den anderen Eingewiesenen gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. a–c StGB innerhalb der entsprechenden psychiatrischen Einrichtung oder Massnahmeneinrichtung durchzuführen.

Gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB ist der Täter dann, wenn die Gefahr besteht, dass er flieht oder weitere Straftaten begeht, in einer geschlossenen Einrichtung zu behandeln. Er kann dabei auch in einer Strafanstalt behandelt werden, sofern die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet ist.

2.2.2.

Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich klar, dass der Täter bei Vorliegen von Fluchtgefahr und/oder der Gefahr der Begehung weiterer Straftaten geschlossen unterzubringen ist. Die geschlossene Unterbringung kann dabei in einer psychiatrischen Einrichtung, einer Massnahmenvollzugseinrichtung oder in einer Strafanstalt erfolgen. Vorausgesetzt ist aber stets, dass die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet ist. Damit ist auch eine Trennung des Täters von anderen Eingewiesenen nach Art. 90 Abs. 1 lit. a–c StGB grundsätzlich nur gesetzeskonform, wenn sie innerhalb des Kreises der für den Vollzug einer Massnahme vorgesehenen Einrichtungen (psychiatrische Einrichtung, Massnahmenvollzugseinrichtung, Strafanstalt, sofern die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet ist) erfolgt. Dabei ist eine Trennung innerhalb der gleichen Einrichtung möglich, aber auch eine Verlegung von einer Strafanstalt in eine psychiatrische Einrichtung/Massnahmenvollzugseinrichtung oder umgekehrt eine Verlegung von einer psychiatrischen Einrichtung/Massnahmenvollzugseinrichtung in eine Strafanstalt. Vorausgesetzt ist aber immer, dass in der

VII. Straf- und Massnahmenvollzug

33 Vorübergehende Einschränkung (Art. 90 StGB)

Übermässige Dauer der vorübergehenden Unterbringung eines von einer stationären Massnahme Betroffenen im Bezirksgefängnis

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 19. Juli 2016, i.S. A.K. gegen das Departement Volkswirtschaft und Inneres und Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau (WBE.2016.219).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Gemäss Art. 90 Abs. 1 StGB darf eine Person, die sich im Vollzug einer Massnahme nach Art. 59–61 befindet, nur dann ununterbrochen getrennt von den andern Eingewiesenen untergebracht werden, wenn dies unerlässlich ist: als vorübergehende therapeutische Massnahme (lit. a), zum Schutz des Eingewiesenen oder Dritter (lit. b) oder als Disziplinarsanktion (lit. c). Die Trennung des Beschwerdeführers von anderen Massnahmenpatienten erfolgte gemäss Anordnung des Amts für Justizvollzug (AJV) aus therapeutischen Gründen, was grundsätzlich zulässig ist. Eine solche Vorgehensweise muss jedoch *vorübergehender Natur* sein, was hauptsächlich nach therapeutischen Gesichtspunkten im Einzelfall festzulegen ist. Eine restriktive Haltung ist hier zweifellos angezeigt (MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Art. 90 N 6 f.). Der Beschwerdeführer befindet sich nun bereits seit über einem Jahr im Bezirksgefängnis. Von einer *vorübergehenden* therapeutischen Massnahme kann nicht mehr gesprochen werden. Schon deshalb widerspricht die verfügte Verlegung in das Bezirksgefängnis Art. 90 Abs. 1 lit. a StGB und ist aufzuheben.

(Fr. 103.573 ./ Fr. 91.496) hinnehmen, würde er einen Mehrerlös von ca. Fr. 20'313.00 (Fr. 12.077 x 1'682 m²) erzielen. Daher wird er vom Beschwerdegegner nur hinreichend für die wirtschaftlichen Nachteile aus der Enteignung der Teilfläche von 222 m² entschädigt, wenn diesbezüglich der Abzug für Abbruchkosten von Fr. 91.496/m² oder rund Fr. 90.00/m² bzw. insgesamt ca. Fr. 20'312.00 (222 m² x Fr. 91.496) wegfällt.

minell) an den Kosten für die Entsorgung des Reaktormaterials beteiligen müsste. Insoweit wäre der Beschwerdeführer weder zu einem Preisnachlass gegenüber einem Erwerber der Parzelle Nr. c veranlasst, noch wäre er mit Kosten konfrontiert, die seinen wirtschaftlichen Erfolg aus der Veräusserung des Grundstücks schmälern.

Erst wenn feststeht, wie hoch die vom Beschwerdeführer und/oder vom Beschwerdegegner zu tragenden Kosten für die Entsorgung kontaminierten Aushubmaterials tatsächlich sind, lässt sich der Verkehrswert der abzutretenden Teilfläche der Parzelle Nr. c zuverlässig ermitteln. Die betreffenden Entsorgungskosten – aufgeschlüsselt pro Quadratmeter – sind vom Mittelwert zwischen dem (hochgerechneten) Quadratmeterpreis für die Parzelle Nr. a und dem Verkaufspreis für die Parzelle Nr. b von Fr. 1'000.00 in Abzug zu bringen.

4.3.6.

Im Unterschied zu den vom Beschwerdeführer und/oder von einem Erwerber der Parzelle Nr. c zu tragenden Entsorgungskosten für kontaminiertes Aushubmaterial dürfen hingegen die Kosten für den Abbruch der auf den Grundstücken Nrn. c, d und e situierten Industriegebäude bei der Verkehrswertermittlung für die von der Parzelle Nr. c abzutretende Teilfläche nicht vom Verkaufspreis für vergleichbare Objekte abgezogen werden. Die von der Vorinstanz vorgenommene lineare Aufteilung der geschätzten Abbruchkosten von Fr. 174'210.00 auf die Gesamtfläche der Parzelle Nr. c von 1'904 m², was Abbruchkosten von rund Fr. 90.00/m² ergibt, ist nicht korrekt. Dahinter steht die folgende Überlegung: Der Beschwerdegegner hat keinerlei Abbruchkosten zu gewärtigen, weil die Industriegebäude nicht auf der abzutretenden Teilfläche der Parzelle Nr. c stehen. Demgegenüber hätte der Erwerber der Restparzelle im Halte von noch 1'682 m² die gesamten Abbruchkosten zu tragen, was zu einem Preisnachlass von Fr. 103.573 (Fr. 174'210.00 / 1'682 m²) anstatt nur rund Fr. 90.00 pro m² führen würde. Könnte der Beschwerdeführer die gesamte Parzelle Nr. c mit einem Abzug von Fr. 91.496/m² (Fr. 174'210.00 / 1'904 m²) an einen einzigen Erwerber veräussern und müsste für 1'682 m² keinen Mehrabzug von Fr. 12.077/m²

ster Nutzung) nicht zu einem Aushub im gleichen Stil kommen würde, wie er vom Beschwerdegegner für die Errichtung der Bahnunterführung vorgenommen wurde, ist eher unwahrscheinlich. Eine grössere Wohnüberbauung ohne Unterniveaubautätigkeit ist kaum denkbar. Wenig wahrscheinlich ist sodann das Szenario, dass kontaminiertes Material aus der ehemaligen betrieblichen Nutzung der Parzelle Nr. c nur im Bereich des Strassenabstands abgelagert wurde, wo ohnehin keine Bautätigkeit stattfinden könnte.

4.3.5.

Ausgehend davon stellt sich die Frage, in welchem Ausmass sich die Einstufung als belasteter Standort auf den Verkehrswert der Parzelle Nr. c auswirkt. Entsorgungskosten, die (auf eine etwaige Kostenverteilungsverfügung des BVU hin) vom Beschwerdeführer und/oder vom Erwerber des Grundstücks getragen werden müssten, sind konsequenterweise von den für (nicht belastete) Vergleichsobjekte geleisteten Kaufpreisen in Abzug zu bringen.

(...)

(...) Der Beschwerdeführer weist zu Recht darauf hin, dass die Entsorgungskosten für belastetes Aushubmaterial bis anhin nicht genügend ausgewiesen sind. Die Kostenzusammenstellung des Beschwerdegegners entstammt einer E-Mail vom 8. April 2015. Darin heisst es einleitend, die Aushubarbeiten seien noch nicht abgeschlossen. Der Aushub für die Flügelmauern sowie die Instandstellung des Parkplatzes zwischen Gebäude und neuer Stützmauer stünden noch bevor. Entsprechend handelt es sich bei der anschliessenden Kostenzusammenstellung mit Entsorgungskosten von insgesamt Fr. 66'800.00 (inkl. MwSt.) erklärermassen um eine *Kostenprognose*. Definitive Zahlen lagen offenbar bis zum 28. September 2015 nicht vor, wie eine an diesem Datum versandte E-Mail an den Projektleiter des Beschwerdegegners zeigt. Ausgerechnet im Bereich mit dem grössten zu erwartenden Reaktormaterialvorkommen waren die Aushubarbeiten noch nicht abgeschlossen. Ferner fehlen Belege für die vom Beschwerdegegner angegebenen (provisorischen) Zahlen. Schliesslich ist nicht aktenkundig, ob (im Falle der Sanierungsbedürftigkeit des Grundstücks) allenfalls ein Drittstörer (Verhaltensverursacher) existiert, der sich gestützt auf Art. 32d Abs. 2 USG (no-

insgesamt Fr. 66'800.00 (inkl. MwSt.) hervor: Fr. 19'750.00 entfallen dabei auf den Abtransport von Inertstoffen, Fr. 12'400.00 auf denjenigen für Reaktormaterial, und mit Fr. 29'700.00 wird die für das Reaktormaterial zu entrichtende Deponiegebühr beziffert. Gestützt darauf entschied die Vorinstanz, dass sich der Beschwerdeführer Sanierungskosten von pauschal Fr. 60'000.00 (an seine Enteignungsschädigung) anrechnen lassen müsse.

4.3.4.

Es leuchtet aus den nachfolgenden Überlegungen ohne weiteres ein, dass die Einstufung als belasteter Standort nicht ohne jeden Einfluss auf den Verkehrswert des betroffenen Grundstücks bleiben kann.

Wären die Parzellen Nrn. c, d und e nicht sanierungsbedürftig im Sinne von Art. 32c Abs. 1 USG, müsste der Erwerber der Grundstücke die Kosten für die Untersuchung und Entsorgung belasteten Aushubmaterials vollständig selber tragen; eine (teilweise) Kostenbefreiung nach Art. 32b^{bis} USG würde bei einem Grundstückserwerb nach dem 1. Juli 1997 ausscheiden.

Wären die Parzellen Nrn. c, d und e demgegenüber sanierungsbedürftig im Sinne von Art. 32c Abs. 1 USG, könnte sich der Erwerber, nachdem die Parzelle Nr. c im Kataster belasteter Standort figuriert und eine Berufung auf Unkenntnis daher wohl zum Scheitern verurteilt wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. April 2016 [1C_418/2015], Erw. 4.3), bloss teilweise von den Kosten für die Entsorgung belasteten Aushubmaterials befreien (vgl. Art. 32d Abs. 1 und 2 USG).

Infolgedessen würde sich der Erwerber einen Preisnachlass ausbedingen. Und selbst wenn dem Erwerber eine vollständige Kostenbefreiung zulasten anderer Kostenträger gelänge, müsste der Beschwerdeführer als vormaliger Eigentümer und allenfalls auch Verursacher der Kontamination (Verhaltensstörer) für die Entsorgungskosten oder wenigstens einen Teil davon aufkommen, ohne vollumfängliche Überwälzungsmöglichkeit auf einen etwaigen Drittschädiger oder das Gemeinwesen. Um diese Entsorgungskosten würde sich sein wirtschaftlicher Vorteil aus der Grundstücksveräußerung verringern. Dass es im Falle einer Veräußerung zum Verkehrswert (mit optimal-

VI. Enteignungsrecht

32 Formelle Enteignung; Enteignungsentschädigung zum Verkehrswert

Bei der Ermittlung des Verkehrswerts anhand der statistischen bzw. vergleichenden Methode sind allfällige Kosten für die Entsorgung von kontaminiertem Aushubmaterial (Altlasten), die den Eigentümer und/oder den Erwerber eines Grundstücks treffen, mithin nicht auf einen Dritttörer überwältzt werden können, von den für unbelastete Vergleichsobjekte ermittelten Verkaufspreisen in Abzug zu bringen. Hingegen lassen Kosten für den Abbruch brachliegender Industriegebäude, die nicht auf der enteigneten Teilfläche eines Grundstücks stehen und den Enteigner folglich nicht belasten, den Verkehrswert dieser Teilfläche unberührt.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 24. Oktober 2016 in Sachen A. gegen Kanton Aargau (WBE.2015.488).

Aus den Erwägungen

4.3.3.

(...) Die Parzellen Nr. a und Nr. b sind beide nicht mit Altlasten kontaminiert respektive im Kataster der belasteten Standorte eingetragen. Im Gegensatz dazu hat sich der Verdacht, dass die im Kataster der belasteten Standorte eingetragenen Parzellen Nrn. c, d und e (als ehemalige Betriebsstandorte) mit Altlasten kontaminiert sind, im Zuge der vom Beschwerdegegner für die Errichtung der Bahnunterführung auf der Parzelle Nr. c vorgenommenen Aushubarbeiten bestätigt. An der vorinstanzlichen Augenscheinverhandlung vom 20. Mai 2015 erwähnte der für den Beschwerdegegner auftretende Projektleiter, es habe für den Betrag von Fr. 61'000.00 "belastetes" Material abgeführt werden müssen. Aus einer vom SKE beim Beschwerdegegner angeforderten, per E-Mail vom 2. Oktober 2015 eingereichten Zusammenstellung gehen Entsorgungskosten von