

Per E-Mail (christoph.weibel@wohlen.ch)

Gemeinde Wohlen
Gemeinderat
Gemeindekanzlei
Kapellstrasse 1
5610 Wohlen

OBERSTADTSTRASSE 7
POSTFACH 2060
CH-5402 BADEN

20. August 2015 MER/PC

Verwaltungsratshonorar BDWM Transport AG

Sehr geehrte Herren Gemeinderäte
Sehr geehrter Herr Gemeindeschreiber
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für Ihre E-Mail vom 12. August 2015. Gern beantworte ich Ihre Anfrage wie folgt.

I. Ausgangslage und Fragestellung

- 1 An der BDWM Transport AG (BDWM) sind der Kanton Aargau (51.41 %), der Bund (30.28 %), der Kanton Zürich (7.87 %), anliegende Gemeinden (7.44 %) sowie einige Privataktionäre beteiligt (Geschäftsbericht 2014, S. 16).
- 2 Seit 2001 gehört Gemeindeammann Walter Dubler dem Verwaltungsrat der BDWM an. Bis ins Jahr 2010 wurde er vom Gemeinderat in diese Funktion delegiert.
- 3 Am 26. Mai 2010 wurden die Statuten der BDWM dahingehend revidiert, dass das Vorschlagsrecht der Gemeinden entfiel. Nach den geltenden Art. 8 und 19 der Statuten wählt die Generalversammlung der Aktionäre die Mitglieder des Verwaltungsrats.

DR. IUR. ROLAND HÜRLIMANN
Rechtsanwalt, LL.M. (Berkeley)

DR. IUR. ERICH RÜEGG
Rechtsanwalt und Notar
LL.M., M.B.A. (Chicago)

LIC. IUR. MARTIN IMTHURN
Rechtsanwalt (2, 3)

PROF. DR. IUR. LUKAS HANDSCHIN
Rechtsanwalt

DR. IUR. DANIEL HUNKELER
Rechtsanwalt, LL.M. (Miami)

DR. IUR. THOMAS ENDER
Rechtsanwalt und Notar (1, 4)

DR. IUR. MICHAEL MERKER
Rechtsanwalt

DR. OEC. LIC. IUR. MARTIN WERNER
Rechtsanwalt

LIC. IUR. SALVATORE PETRALIA
Rechtsanwalt

LIC. IUR. JOHANNES ZUPPIGER
Rechtsanwalt und dipl. Bau-Ing. ETH
MConstrLaw (Melbourne) (4)

PD DR. IUR. MARTIN BEYELER
Rechtsanwalt

DR. IUR. OLIVER BUCHER
Rechtsanwalt, LL.M. (Sydney) (4)

M.A. HSG ADRIAN MURER
Rechtsanwalt und dipl. Ing. ETH

DR. IUR. FABIAN WÄGER
Rechtsanwalt, LL.M. (Virginia)

LIC. IUR. SERAINA BAZZANI-TESTA
Rechtsanwältin

MLAW CHRISTIAN ZIMMERMANN
Rechtsanwalt und Notar

LIC. IUR. GEORG J. WOHL
Rechtsanwalt, LL.M. (Budapest)

LIC. IUR. GEORG KJUNGLER
Rechtsanwalt und Notar (1)

DR. IUR. PHILIP CONRADIN
Rechtsanwalt, MSc BA

LIC. IUR. ANDREA DOMANIG
Rechtsanwältin

MLAW DOMINIQUE DISLER
Rechtsanwältin

LIC. IUR. MALOU MIDDENDORP
Rechtsanwältin

MLAW CAROLE SCHENKEL
Rechtsanwältin

Eingetragen im Anwaltsregister

DR. IUR. JÜRGE BAUR
Rechtsanwalt und Notar, Of Counsel (5)

- 1 Urkundsperson des Kantons Aargau
- 2 Mediator SAV
- 3 Fachanwalt SAV Erbrecht
- 4 Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
- 5 Nicht im Anwaltsregister eingetragen

BAUR HÜRLIMANN AG
CHE-115.606.778 MWST

Bahnhofplatz 9
Postfach 1867
CH-8021 Zürich
Tel + 41 - 44 218 77 77
Fax + 41 - 44 218 77 70
UID: CHE-115.606.778

Oberstadtstrasse 7
Postfach 2060
CH-5402 Baden
Tel + 41 - 56 200 07 07
Fax + 41 - 56 200 07 00
UID: CHE-481.481.510

www.bhlaw.ch

- 4 In der Folge ist Walter Dubler im Verwaltungsrat verblieben und gehört diesem noch heute an. Jedoch wurde/wird er nicht mehr vom Gemeinderat als Gemeindevertreter delegiert, sondern von der Generalversammlung der BDWM gewählt.
- 5 Walter Dubler erhielt für das Jahr 2014 ein Verwaltungsratshonorar von CHF 10'000.00. Dabei lieferte er den Grossteil von CHF 8'000.00 der Gemeinde ab und vereinnahmte CHF 2'000.00 privat.
- 6 Zu prüfen ist die Frage, ob Walter Dubler das gesamte Verwaltungsratshonorar der BDWM einbehalten darf oder dieses abzuliefern hat. Die Frage interessiert sowohl retrospektiv als auch prospektiv.
- 7 Ergänzend will die Finanzkommission wissen, ob nicht unter bestimmten Gesichtspunkten die Bewilligung des Gemeinderates für die Ausübung solcher Tätigkeiten notwendig ist.

II. Zusammenfassung

A. Zustimmung des Gemeinderats

- 8 Der Gemeinderat hat Walter Dubler ab dem Jahr 2001 in den Verwaltungsrat der BDWM delegiert. Er hat diesem Mandat damit auch zugestimmt.
- 9 Für die Fortführung dieser Funktion ist gesetzlich keine erneute Zustimmung (etwa bei Wiederwahl) vorgesehen. Ein Widerruf der Zustimmung liegt nicht vor. Das Mandat von Walter Dubler als Verwaltungsrat der BDWM ist damit organisationsrechtlich zulässig.

B. Ablieferung des Verwaltungsratshonorars

- 10 Nach § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann gehen die Entschädigungen bei Mandaten, welche im Zusammenhang mit dem Gemeindeammannamt erfolgen, zu Gunsten der Einwohnergemeinde. Ein hinreichender Zusammenhang besteht in verfassungskonformer Auslegung dann, wenn das Verwaltungsratsmandat in amtlicher Funktion bzw. als Behördenvertreter – als Gemeindeammann – und nicht privat wahrgenommen wird.

- 11 Ein solcher Zusammenhang besteht heute nicht. Zwar besteht ein historischer Kausalzusammenhang, weil Walter Dubler im Jahr 2001 in seiner Funktion als Gemeindeammann zum Verwaltungsrat gewählt wurde. Seit 2010 sind die Mitglieder des Verwaltungsrats aber aufgrund ihrer Fähigkeiten zu bestimmen und es erfolgte seitens der Gemeinde Wohlen keine Nomination von Walter Dubler für den Verwaltungsrat mehr. Er gehört diesem heute auch nicht als Vertreter der Gemeinde Wohlen an, sondern aufgrund des erworbenen Fachwissens.
- 12 Das Verwaltungsratshonorar steht somit Walter Dubler und nicht der Gemeinde Wohlen zu. Soweit ersichtlich ist der Gemeinde Wohlen zufolge des Mandats auch kein Schaden entstanden.

III. Rechtliches

A. Zustimmung des Gemeinderates

1. Rechtsgrundlage

- 13 Gemäss § 2 des Reglements zur Regelung der Anstellungsverhältnisse des Gemeindeammans der Gemeinde Wohlen vom 27. August 2001 (Anstellungsreglement Gemeindeammann) übt der Gemeindeammann seine Tätigkeit mit einem Pensum von 100 % aus; der Amtsinhaber kann das Pensum um maximal 20 % reduzieren. Nach § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann bedarf die Übernahme von Nebenämtern und Mandaten der schriftlichen Zustimmung des Gemeinderates.

2. Hintergrund

- 14 Personalrechtlich ist üblich, die Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen einzuschränken und allenfalls einer Bewilligungspflicht zu unterstellen (vgl. z. B. § 27 des Gesetzes über die Grundzüge des Personalrechts vom 16. Mai 2000 [PersG; SAR 165.100]).
- 15 Die Bewilligungspflicht für Nebentätigkeiten stellt einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit dar (BGE 121 I 326 E. 2a). Die gesetzliche Einführung einer Bewilligungspflicht wie auch die Bewilligungsverweigerung im Einzelfall müssen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an

Grundrechtseingriffe genügen, also im Sinn von Art. 36 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) über eine gesetzliche Grundlage verfügen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

- 16 Nebentätigkeiten bedürfen in der Regel deshalb nicht in allen Fällen einer Bewilligung, sondern nur dann, wenn die Nebenbeschäftigungen das Personal während der Arbeitszeit beanspruchen, seine Arbeitsleistung beeinträchtigen oder zu Interessenkollisionen führen können (§ 26 Abs. 2 des Personalreglements der Gemeinde Wohlen vom 23. August 2004 [PR]; § 27 Abs. 2 PersG).
- 17 Wenn das Gesetz die Ausübung einer Nebenbeschäftigung für bewilligungspflichtig erklärt, ist diese verboten, solange eine entsprechende Bewilligung nicht erteilt ist (BGE 121 I 326 E. 2c/bb; BezR Affoltern a. A., 15. Mai 1998, ZBl 100/1999, S. 642).
- 18 § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann verlangt für Nebenämter und Mandate des Gemeindeammanns nur die Zustimmung des Gemeinderats und nicht – wie § 26 PR – eine Bewilligung des Gemeinderats.
- 19 Die Bewilligung wird auf dem Weg der Verfügung erteilt (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. Bern 2014, § 44 Rz. 18). Die Verfügung ist eine hoheitliche, einseitige und verbindliche Regelung eines Rechtsverhältnisses (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 1). Der Gemeinderat ist gegenüber dem Gemeindeammann nicht verfügungsbefugt; er kann ihm gegenüber nicht hoheitlich handeln. Daher verlangt § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann für Nebenämter und Mandate des Gemeindeammanns nicht (wie § 26 PR für das Personal) eine Bewilligung, sondern nur eine "Zustimmung".
- 20 Der Begriff Zustimmung weist darauf hin, dass ein Konsens bestehen soll. Obligationenrechtlich ist ein solcher Konsens in der Regel auch stillschweigend möglich. Für einen verwaltungsrechtlichen Konsens ("verwaltungsrechtlicher Vertrag") wird, wie für Verfügungen, die Schriftform, verlangt (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 34 Rz. 3 mit Hinweisen). In diesem Sinn verlangt § 8 Abs. 1 Anstellungsreglement Gemeindeammann eine schriftliche Zustimmung.

- 21 Mit dem Erfordernis der "Zustimmung" in § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann gibt der kommunale Gesetzgeber dem Gemeinderat ein Mittel in die Hand, welches sich mit der organisationsrechtlichen Stellung des Gemeindeamanns nicht verträgt. Aufgrund des Zustimmungserfordernisses nach § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann erhält der Gemeinderat jedoch *de facto* eine solche Weisungsbefugnis. Der Gemeinderat ist dem Gemeindeammann gegenüber nicht weisungsbefugt; er ist nicht Anstellungsbehörde, denn der Gemeindeammann ist vom Volk gewählt.
- 22 Auf kantonaler Ebene ist eine solche "Zustimmung" auch nicht vorgesehen – vielmehr sind den Mitgliedern des Regierungsrats generell erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten in § 2 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 26. März 1985 (OG: SAR 153.100) untersagt, ausser es handle sich um Mandate in gemeinnützigen Unternehmungen, die der Wahrnehmung besonderer öffentlicher Interessen dienen.
- 23 Die Frage, welche Anforderungen an die "Zustimmung" des Gemeinderats zu stellen sind, kann jedoch offen bleiben, wie sich aus dem Nachfolgenden ergibt.

3. Fortführung eines Mandats

- 24 Gemäss Sachverhalt wurde Walter Dubler bis ins Jahr 2010 vom Gemeinderat in den Verwaltungsrat der BDWM delegiert. Zu diesem Zeitpunkt lag damit eine "Zustimmung" des Gemeinderats zu diesem Mandat vor.
- 25 § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann sagt nicht, dass für eine Wiederwahl in den Verwaltungsrat oder bei Fortführung eines bereits vorbestehenden Mandats quasi jährlich eine erneute Zustimmung des Gemeinderats notwendig ist. Auch eine entsprechende stete Praxis des Gemeinderats gibt es in diesem Punkt nicht. Die (erstmalige) Zustimmung zu einem Mandat (als Dauerverfügung) hat deshalb so lange Bestand, bis sie widerrufen wird. Ein Widerruf liegt nicht vor.

4. Fazit

- 26 Der Gemeinderat hat Walter Dubler ab dem Jahr 2001 in den Verwaltungsrat der BDWM delegiert. Er hat diesem Mandat damit auch zugestimmt.
- 27 Für die Fortführung dieser Funktion ist gesetzlich keine erneute Zustimmung (etwa bei Wiederwahl) vorgesehen. Ein Widerruf der Zustimmung liegt nicht vor. Das Mandat Walter Dublers als Verwaltungsrat der BDWM ist damit organisationsrechtlich zulässig.

B. Verwaltungsrats honorar

1. Rechtsgrundlage

- 28 Bei Nebenämtern und Mandaten, welche im Zusammenhang mit dem Gemeindeammannamt erfolgen, gehen die Entschädigungen zu Gunsten der Einwohnergemeinde (§ 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann).
- 29 Zu prüfen ist, ob das Mandat als Verwaltungsrat der BDWM "im Zusammenhang " erfolgt. Der Begriff des "Zusammenhangs mit dem Gemeindeammannamt" ist auszulegen.

2. Auslegung

- 30 Der Begriff des Zusammenhangs wird auch in § 3 Abs. 3 Anstellungsreglement Gemeindeammann verwendet: Demnach wird mit der Besoldung die Teilnahme an allen Sitzungen abgegolten, die im Zusammenhang mit dem Gemeindeammannamt stehen. Dies ist kongruent zu § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann: Weil die Verwaltungsratssitzungen im Zusammenhang mit dem Amt bereits mit dem Lohn abgegolten sind, ist die Entschädigung daraus der Einwohnergemeinde abzuliefern.
- 31 Nach der kantonalen Regelung sind sämtliche Entschädigungen, Sitzungsgelder und Spesen aus der Ausübung amtlicher Mandate in verwaltungsexternen Gremien der Staatskasse abzuliefern, wenn das Mandat in Erfüllung dienstlicher Pflichten wahrgenommen wurde (§ 5 des Dekrets über Spesen, Sitzungsgelder und übrige Entschädigungen [SAR 1165.170]).

- 32 Privatrechtlich hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält, wie namentlich Geldbeträge, Rechenschaft abzulegen und ihm alles sofort herauszugeben (Art. 321b OR). Nicht unter die Herausgabepflicht fallen Trinkgelder und Geschenke im üblichen Rahmen, die für den Arbeitnehmer bestimmt sind (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. Zürich etc. 2012, Art. 321b N. 3). Es handelt sich um einen Teil des Arbeitsergebnisses, welches der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber vertraglich schuldet.
- 33 Als "Zusammenhang" im Sinn von § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann ist damit vorauszusetzen, dass das Nebenamt bzw. Mandat im Rahmen der Funktion des Gemeindeammanns wahrgenommen wird. Es geht um Mandate, für deren Übernahme die Funktion des Gemeindeammanns entscheidend ist. In der Regel handelt es sich um Mandate, die von den Mandatsträgern als Behördenvertreter wahrgenommen werden (vgl. kantonalrechtlich § 2a OG: "Vertretungsmandate"). Nicht hinreichend ist hingegen ein Mandat, das bloss aufgrund der Bekanntheit als Gemeindeammann angeboten wird.
- 34 Ein weiteres Verständnis des Begriffs "Zusammenhang", das auch eine Ablieferungspflicht für privat wahrgenommene Mandate einschliesst, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar: Eine private Erwerbstätigkeit und auch das hieraus fliessende Einkommen fallen unter den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, allenfalls – betreffend das bereits erarbeitete Vermögen – der Eigentumsgarantie. Solange nicht ganz besondere Gründe vorliegen, lässt sich ein Eingriff in Form einer Ablieferungspflicht nicht rechtfertigen. Der Wortlaut von § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann spricht denn auch nicht für diese Auslegung.

3. Wahlkriterien

- 35 Walter Dubler wurde im Jahr 2001 Verwaltungsrat der BDWM, weil er Gemeindeammann der Gemeinde Wohlen war. Historisch besteht damit ein Zusammenhang zwischen dem Mandat und dem Gemeindeammannamt.
- 36 Seit der Revision der Statuten der BDWM von 2010 müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates für ihre Tätigkeit aufgrund ihrer Ausbildung und

Berufserfahrung befähigt sein. Sie verfügen über ausgewiesene Kenntnisse in den Bereichen Unternehmensführung, öffentlicher Verkehr, Bahnunternehmen, Finanzen, Baumanagement, Marketing oder Recht (Art. 19 der Statuten).

- 37 Diesen Kriterien genügt Walter Dubler aufgrund seiner vorbestehenden langjährigen Tätigkeit im Verwaltungsrat der BDWM. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass er im Mandat als Vertreter der Gemeinde Wohlen amtiert. Es fehlt damit an einem Zusammenhang im Sinn von § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann.

4. Nomination

- 38 Gemäss Art. 19 Abs. 3 der Statuten können Aktionäre oder Aktionärsverbände einen oder mehrere eigene Vertreter für den Verwaltungsrat nominieren, sofern ihre Aktienbeteiligung dem prozentualen Stimmengewicht eines Verwaltungsrates entspricht.
- 39 Wurde Walter Dubler von der Gemeinde Wohlen als Aktionärin für das Mandat nominiert, wäre er *de facto* eine Art Interessenvertreter der Gemeinde bei der BDWM. Die Gemeinde Wohlen verfügt jedoch über keine hinreichende Aktienbeteiligung, um eine Nomination nach Art. 19 Abs. 3 der Statuten vorzunehmen; nicht einmal sämtliche "anliegenden Gemeinden" verfügen über einen hinreichenden Anteil. Sie verfügen über 7.44 %; notwendig wäre bei 7 Verwaltungsratssitzen ein Anteil von fast 15 %. Das Mandat lässt sich nicht als Interessenvertretung der Gemeinde Wohlen verstehen; das Honorar ist damit auch nicht der Gemeinde Wohlen abzuliefern.
- 40 Gemäss Abklärungen der Gemeinde wurde Walter Dubler vom Gemeinderat in den letzten Jahren nicht mehr als Mitglied des Verwaltungsrats nominiert, weil für die Zusammensetzung des Verwaltungsrats das Anforderungsprofil und nicht mehr das Vorschlagsrecht der Gemeinde gilt (vgl. den Bericht über die Spezialprüfung im Bereich Entschädigung/Personal vom 5. August 2015, S. 20).

5. Schaden

- 41 Soweit ersichtlich ist der Gemeinde Wohlen zufolge des Mandats auch kein Schaden entstanden, zumal das Honorar von CHF 10'000.00 eine Entschädigung für nur vier Sitzungen darstellte (vgl. Aargauer Zeitung, "10'000 Franken für vier Sitzungen – verdienen Verwaltungsräte zuviel?", 18. August 2015); Schadenersatzansprüche zufolge Verletzung der Treuepflicht entfallen somit.

6. Fazit

- 42 Nach § 8 Anstellungsreglement Gemeindeammann gehen die Entschädigungen bei Mandaten, welche im Zusammenhang mit dem Gemeindeammanamt erfolgen, zu Gunsten der Einwohnergemeinde. Ein hinreichender Zusammenhang besteht in verfassungskonformer Auslegung dann, wenn das Verwaltungsratsmandat in amtlicher Funktion bzw. als Behördenvertreter – als Gemeindeammann – und nicht privat wahrgenommen wird.
- 43 Ein solcher Zusammenhang besteht heute nicht. Zwar besteht ein historischer Kausalzusammenhang, denn Walter Dubler wurde im Jahr 2001 in seiner Funktion als Gemeindeammann zum Verwaltungsrat gewählt. Seit 2010 sind die Mitglieder des Verwaltungsrats jedoch aufgrund ihrer Fähigkeiten zu bestimmen und erfolgte seitens der Gemeinde Wohlen keine Nomination von Walter Dubler für den Verwaltungsrat mehr. Er gehört diesem heute auch nicht als Vertreter der Gemeinde Wohlen an, sondern aufgrund des erworbenen Fachwissens.
- 44 Das Verwaltungsrats honorar steht somit Walter Dubler und nicht der Gemeinde Wohlen zu. Soweit ersichtlich ist der Gemeinde Wohlen zufolge des Mandats auch kein Schaden entstanden.

Freundliche Grüsse



Dr. Michael Merker