

**Urteil** vom 10. März 2010

Es wirken mit:

Oberrichter Stöckli, Vorsitz  
Oberrichter Frey  
Oberrichterin Jeger  
Oberrichter Müller  
Oberrichter Pfister  
Gerichtsschreiberin Mathys

In Sachen

Herr und Frau **A**, vertreten durch B

Beschwerdeführer

gegen

1. **Bau- und Justizdepartement**, Rötihof, Werkhofstrasse 65, 4509 Solothurn,
2. **Einwohnergemeinde C, Baukommission**,
3. **Schiessplatzkommission D**

Beschwerdegegner

betreffend **Verfahrenskosten**

zieht das Verwaltungsgericht in **Erwägung**:

I.

1. Mit Verfügungen des damaligen Bau-Departementes und der Baukommission C wurde 1987 der Umbau des Schützenhauses bewilligt und als Auflage die Errichtung einer Lärmschutzwand angeordnet. Diese Lärmschutzwand wurde in der Folge nicht errichtet.

Als die Baukommission C 2007 ein Baugesuch für die Erneuerung der Nummerierung der zur Schiessanlage gehörenden Scheiben publizierte, erhoben Herr und Frau A Einsprache. Zudem verlangten sie den teilweisen Widerruf der früheren Bewilligungen und die Reduktion des Schiessbetriebes auf das lärmschutzrechtlich zulässige Mass.

Das Bau- und Justizdepartement sprach Herrn und Frau A die Parteistellung ab und behandelte sie als Anzeiger, verfügte Einschränkungen des Schiessbetriebes und stellte die Vollstreckung der verfügten Auflage in Aussicht. Diesen Entscheid schützte das Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 2. März 2009, wobei es den Beschwerdeführern die Verfahrenskosten von Fr. 2'300.00 auferlegte.

2. Am 3. November 2009 hiess das Bundesgericht die Beschwerde von Herrn und Frau A gut, hob den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 2. März 2009 auf und wies die Angelegenheit zur materiellen Beurteilung an das Bau- und Justizdepartement zurück. Das Verwaltungsgericht wurde angewiesen, die Kostenfolgen für das kantonale Verfahren neu zu regeln.

3. Mit Eingabe vom 9. Dezember 2009 ersuchte der Vertreter der Beschwerdeführer unter Hinweis auf das bundesgerichtliche Urteil das Verwaltungsgericht um Zusprechung einer Parteientschädigung. Seinem Ersuchen legte er die Kostennoten für die Verfahren vor dem Departement und dem Verwaltungsgericht bei. Vernehmlassungen wurden keine eingeholt.

II.

1. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG; BGS 124.11) regelt die Kosten und Entschädigungen im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden im 3. Titel des Gesetzes wie folgt:

*§ 37. I. Kosten*

<sup>1</sup> Sofern nichts anderes bestimmt ist, ist das Verwaltungsverfahren vor erster Instanz unentgeltlich.

<sup>2</sup> Für das Beschwerdeverfahren sind die Grundsätze des Verwaltungsgerichtsverfahrens analog anwendbar. Den am Verfahren beteiligten Behörden werden in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt.

<sup>3</sup> ...[aufgehoben]

<sup>4</sup> Für die Gebührenansätze gelten der kantonale Gebührentarif und die Gebührentarife der Gemeinden.

*(§ 38 II. Vorschuss)*

*§ 39. III. Parteientschädigung*

Im Beschwerdeverfahren vor den Gemeinderäten, den Departementen und dem Regierungsrat können Parteientschädigungen zugesprochen werden, wofür die Bestimmungen des kantonalen Gebührentarifs über die Prozessparteien sinngemäss anwendbar sind. Den am Verfahren beteiligten Behörden werden in der Regel keine Parteientschädigungen zugesprochen oder auferlegt.

*(§ 39<sup>bis</sup>. IV. Solidarische Haftbarkeit)*

*§ 39<sup>ter</sup>. V. Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand*

Für die unentgeltliche Rechtspflege und den unentgeltlichen Rechtsbeistand gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss. Die sich daraus ergebenden Kosten trägt in der Regel der Kanton, soweit sie in Verfahren vor Verwaltungsbehörden des Kantons anfallen, und die betroffene Gemeinde, soweit sie in Verfahren vor den Verwaltungsbehörden der Gemeinde anfallen.

Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist im 4. Titel des VRG Folgendes geregelt:

*§ 76. I. Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand*

Für die unentgeltliche Rechtspflege und den unentgeltlichen Rechtsbeistand gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss.

*§ 77. II. Gerichts- und Parteikosten*

Die Gerichts- und Parteikosten werden nach den Grundsätzen der Zivilprozessordnung den Parteien auferlegt. Den am verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beteiligten Behörden werden in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen oder auferlegt.

*§ 78. III. Parteientschädigung*

Die Parteientschädigung ist in sinngemässer Anwendung des Gebührentarifs festzusetzen.

Diese Gesetzesbestimmungen gelten so seit der Revision vom 5. Dezember 2007. Vorher lauteten die Vorschriften für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden grundsätzlich gleich. Einzig die unentgeltliche Rechtspflege war in § 37 Abs. 3 VRG wie folgt geregelt gewesen:

<sup>3</sup> Parteien, welche die unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen können, sind auf Gesuch hin von der Kostenaufgabe zu befreien.

Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hatte die Vorschrift über die Gerichts- und Parteikosten wie folgt gelautet:

*§ 77. II. Gerichts- und Parteikosten*

Die Gerichts- und Parteikosten werden nach den Grundsätzen der Zivilprozessordnung den Parteien auferlegt.

2. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz unterscheidet also einerseits zwischen den Kosten und den Parteientschädigungen sowie den Regeln für die unentgeltliche Rechtspflege und den unentgeltlichen Rechtsbeistand, andererseits zwischen dem

Verwaltungsverfahren vor erster Instanz, dem verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren und dem Verfahren vor den Verwaltungsgerichtsbehörden.

Sowohl für die Kosten wie für die Parteientschädigungen gilt im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und seit der Revision auch im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht die Spezialbestimmung, dass den beteiligten Behörden in der Regel keine Kosten auferlegt und Parteikosten weder zugesprochen noch auferlegt werden.

3.a) Für das Verwaltungsverfahren vor erster Instanz ist hinsichtlich der Kosten (Gebühren und Auslagen, vgl. § 93 ZPO) in § 37 Abs. 1 VRG gesetzlich geregelt, dass das Verfahren unentgeltlich ist, wenn nichts anderes bestimmt ist. Solche (anderen) Bestimmungen finden sich zwar zahlreiche im kantonalen Gebührentarif oder in Gemeindereglementen, insbesondere für Bewilligungen der unterschiedlichsten Art, sowie in Spezialgesetzen, sodass fraglich ist, ob in der Praxis tatsächlich die Unentgeltlichkeit im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren noch die Regel ist. Als Grundsatz steht die Unentgeltlichkeit aber fest.

b) Von Parteientschädigung ist für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren nirgends die Rede. Aus der gesetzlichen Systematik ergibt sich klar, dass im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen werden können. Das VRG unterscheidet bei den Vorschriften über Kosten und Entschädigungen in den §§ 37 ff. klar zwischen dem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren und dem anschliessenden Beschwerdeverfahren. Bei den Kosten ist für die erste Instanz Kostenfreiheit die Regel (§ 37 Abs. 1), im Beschwerdeverfahren gelten die Regeln des Verwaltungsgerichtsverfahrens analog (§ 37 Abs. 2). Vorschüsse können im erstinstanzlichen Verfahren nur solche für Beweismassnahmen gefordert werden (§ 38 Abs. 1), im Beschwerdeverfahren aber für die gesamten Verfahrenskosten, verbunden mit der Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall (§ 38 Abs. 2). Parteientschädigungen können nach § 39 im Beschwerdeverfahren zugesprochen werden.

Die fehlende gesetzliche Regelung für Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren ist deshalb als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers anzusehen, und nicht als Lücke im Gesetz, die vom Richter auszufüllen wäre. Da das erstinstanzliche Verfahren grundsätzlich kostenfrei ist, und zwar für alle beteiligten Parteien, stimmt dies auch mit der Regelung der Kosten überein. Dieselbe Lösung kennen z.B. im übrigen auch der Kanton Basel-Stadt (Alexandra Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Denise Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 471) und der Bund in seinem Verwaltungsverfahrensgesetz (Michael Beusch, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 64 Rz. 2). Das Bundesgericht hat im grundsätzlichen Entscheid BGE 132 II 47 ff. diese Auslegung für das Verwaltungsverfahren des Bundes explizit für richtig erklärt und eine anderslautende frühere Begründung aufgegeben.

4.a) Für das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren werden in § 37 Abs. 2 VRG hinsichtlich der Kosten die Grundsätze des Verwaltungsgerichtsverfahrens als analog anwendbar erklärt, wobei den am Verfahren beteiligten Behörden in der Regel keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Mit Verfahrenskosten sind wiederum die Kosten im engeren Sinn (Gebühren und Auslagen) gemeint, nicht aber die Parteikosten, wie sich aus den folgenden Bestimmungen, vor allem § 39 VRG (Parteientschädigung) und § 77 VRG (Gerichts- und Parteikosten) ergibt. Analog anwendbar ist also für das Beschwerdeverfahren, dass die Kosten entsprechend der Regel von § 77 VRG nach den Grundsätzen der Zivilprozessordnung (ZPO; BGS 221.1) den Parteien auferlegt werden, was nach § 101 ZPO bedeutet, dass die unterliegende Partei in der Regel sämtliche Verfahrenskosten zu tragen hat, ausser es liege eine der in § 101 Abs. 2 aufgeführten Ausnahmen (Weitschweifigkeit, nur teilweises Obsiegen, Streitigkeiten zwischen Verwandten bzw. familienrechtlicher Natur) oder ein Sonderfall wie in den §§ 102 (Protokollofferte) und 103 ZPO (Gegenstandslosigkeit) vor.

Unter Behörden sind nach § 3 VRG einerseits die Verwaltungsbehörden des Kantons und der Gemeinden zu verstehen, andererseits auch einzelne Beamte, Angestellte oder Amtsstellen, die verfügungsberechtigt sind. Hinsichtlich der Kostenaufgabe ist klar, dass nicht die konkret entscheidende Behörde kosten- oder entschädigungspflichtig werden kann, da diese über keine Rechtspersönlichkeit verfügt, sondern dass das Gemeinwesen, dem diese Behörde angehört, allfällige Kosten und Entschädigungen auszurichten hat (vgl. z.B. schon SOG 1978 Nr. 34). Im Weiteren fallen nach § 4 VRG auch sonstige Körperschaften und Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts sowie die übrigen dort genannten Entscheidungsträger unter den Begriff der Behörde.

Da den beteiligten Behörden in der Regel keine Kosten auferlegt werden sollen, bedeutet die Regelung von § 37 Abs. 2 VRG also, dass bei Unterliegen des Beschwerdeführers dieser im Normalfall die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen hat, bei Obsiegen des Beschwerdeführers in der Regel keine Kosten festzusetzen bzw. diese ohne beitragsmässige Festlegung dem Gemeinwesen oder der Organisation, der die entscheidende Behörde angehört, zu überbinden sind. Falls hingegen am Verfahren zusätzlich private unterliegende Beschwerdegegner beteiligt sind, sind die Kosten bei Obsiegen des Beschwerdeführers diesen Beschwerdegegnern ganz oder anteilmässig aufzuerlegen.

b) Hinsichtlich Parteientschädigung ist in § 39 VRG geregelt, dass im Beschwerdeverfahren von den Gemeinderäten, den Departementen und dem Regierungsrat solche zugesprochen werden können, wofür die Bestimmungen des kantonalen Gebührentarifs über die Prozessparteien sinngemäss anwendbar seien. Nach langjähriger und konstanter Praxis handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine echte „Kann-Vorschrift“. Das heisst, es besteht kein genereller Anspruch auf eine Parteientschädigung, sondern die Zusprechung ist in das pflichtgemäss auszuübende Ermessen der entscheidenden Behörde gestellt (vgl. z.B. SOG 2001 Nr. 29). Mit dem Verweis auf den Gebührentarif sind die Bestimmungen von §§ 179 ff. des Gebührentarifs (BGS 615.11) unter der Überschrift „D. Parteientschädigungen in Zivil- und

Verwaltungsgerichtsverfahren“ gemeint, insbesondere die Vorschrift von § 181, wo es um die Festlegung der Höhe einer Parteientschädigung im Verwaltungsgerichtsverfahren geht.

Eine allgemeine Bestimmung, wie die Parteikosten im Verfahren zu verlegen sind, fehlt. Bestimmt wird in § 39 VRG einzig, dass den am Verfahren beteiligten Behörden in der Regel keine Parteientschädigungen zugesprochen oder auferlegt werden. Da aber einerseits für die Kostenliquidation generell die Grundsätze des Verwaltungsgerichtsverfahrens anwendbar erklärt werden, und damit durch den Verweis in § 77 VRG die entsprechenden Bestimmungen der ZPO, andererseits auch in § 39<sup>ter</sup> für die unentgeltliche Rechtspflege auf die Bestimmungen der Zivilprozessordnung verwiesen wird, ist davon auszugehen, dass auch für die ermessensweise Zusprechung und Auferlegung von Parteikosten im Beschwerdeverfahren sinngemäss die entsprechenden Regeln der ZPO anwendbar sind, immer natürlich mit dem Vorbehalt des Privilegs für die beteiligten Behörden. Dementsprechend hat das Verwaltungsgericht z.B. in einem Streit um das Besuchsrecht entschieden, dass bei der Auferlegung der Parteientschädigung in Anwendung von § 101 Abs. 2 lit. c ZPO auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien zu berücksichtigen sei, da es um eine familienrechtliche Angelegenheit gehe (Urteil vom 18. November 1994 in Sachen L.).

Die Regel von § 39 hat demnach zur Folge, dass bei Unterliegen des Beschwerdeführers dieser in der Regel keine Parteientschädigung zu bezahlen hat, wenn auf der Gegenseite nur Behörden beteiligt sind. Eine Parteientschädigung kann ihm hingegen zu Gunsten von beteiligten privaten Beschwerdegegnern auferlegt werden. Andererseits erhält der Beschwerdeführer bei Obsiegen in der Regel keine Parteientschädigung, wenn nur Behörden im Verfahren beteiligt sind; eine Parteientschädigung kann ihm hingegen zu Lasten von unterliegenden privaten Beschwerdegegnern zugesprochen werden.

c) In welchen Fällen im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren überhaupt eine Parteientschädigung zuzusprechen ist und wann von der Regel abzuweichen ist, dass der unterliegenden Behörde weder Kosten noch Parteientschädigung auferlegt oder zugesprochen werden, haben sowohl der Regierungsrat wie das Verwaltungsgericht in langjähriger Entscheidpraxis konkretisiert. Diese Praxis ist im Folgenden darzustellen.

5.a) Das Verwaltungsgericht hat im publizierten Entscheid SOG 1978 Nr. 34 festgehalten, dass in Anwendung der Bestimmungen von § 37 Abs. 2 und § 39 Satz 2 VRG das am Verfahren beteiligte Gemeinwesen ausnahmsweise mit Verfahrens- und Parteikosten belastet werden soll, wenn das Gemeinwesen selber Beschwerde geführt hat oder wenn es zwar bloss als Vorinstanz beteiligt war, aber einen Fehlentscheid in besonderer Weise zu verantworten hat. Diese Auslegung entspreche der schweizerischen Praxis. Das Bundesgericht habe festgehalten, dass der Entscheid über die Zusprechung einer Parteientschädigung nach der Regel von § 39 VRG sowie deren Bemessung weitgehend in das Ermessen der Behörde gestellt sei. Aus Art. 4 der Bundesverfassung (BV) ergebe sich kein unmittelbarer Anspruch auf

eine Parteientschädigung, es sei jedoch denkbar, dass im Einzelfall anders entschieden würde, wenn die Ablehnung des Entschädigungsbegehrens in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden zuwiderlaufe. Daraus sei zu schliessen, dass eine Parteientschädigung immer dann verweigert werden dürfe, wenn keine ausserordentlichen Umstände vorlägen. Allein das Vorliegen schwieriger Rechtsfragen genüge nicht als zwingender Grund für das Zusprechen einer Parteientschädigung. Hingegen sei ein Grund gegeben, wenn die Vorinstanz ihren Fehlentscheid willkürlich oder grob fahrlässig bzw. leichtfertig gefällt habe.

Im Entscheid SOG 1997 Nr. 34 hat das Verwaltungsgericht festgehalten, eine Ausnahme vom Kosten- und Entschädigungsprivileg sei auch zu machen, wenn die Behörde nicht als vom Bürger angerufene Bewilligungs- oder Beschwerdeinstanz entschieden habe, sondern wenn sie im Interesse des von ihr vertretenen Gemeinwesens gegenüber einem Bürger hoheitlich verfügt habe und dann im Beschwerdeverfahren ihre Verfügung zurücknehme oder die Verfügung durch ihr Verhalten gegenstandslos werde. Es wäre stossend, wenn ein Bürger, der gegen einen hoheitlichen Eingriff Beschwerde erhebe und im Beschwerdeverfahren insofern „gewinne“, als die angefochtene Verfügung zurückgezogen oder gegenstandslos werde, dann noch die Kosten zu bezahlen habe. Im Entscheid SOG 2001 Nr. 29 wurde diese Rechtsprechung bestätigt. Ebenso in einem Entscheid vom 10. Juli 2003 in Sachen E., in welchem allerdings festgestellt wurde, dass die Gegenstandslosigkeit zwar von der Gemeinde bzw. der Sozialbehörde zu vertreten war, diese aber weder krass falsch entschieden noch im Interesse des von ihr vertretenen Gemeinwesens verfügt habe, weshalb sie im konkreten Fall keine Entschädigung schulde.

b) Hinsichtlich der Frage, ob im Verwaltungsbeschwerdeverfahren überhaupt eine Parteientschädigung zuzusprechen sei, hielt das Verwaltungsgericht in seiner weiteren Entscheidpraxis fest, beim (baurechtlichen) Streit um eine Hecke zwischen zwei Grundstücken sei es materiell um etwas Geringfügiges gegangen, wobei nur zwei einfache Normen des Baurechts anwendbar waren; der Beizug eines Anwaltes hätte sich nicht aufgedrängt (Entscheid vom 12. April 1994 in Sachen M.). In einem Beschwerdeverfahren wegen des Besuchsrechts stellte das Gericht fest, dass es materiell um ein höchstpersönliches Recht gehe, welches dem Elternteil um seiner Persönlichkeit willen zustehe. Ins Gewicht falle auch, dass die Gegenpartei durch einen Anwalt vertreten sei, der alle Rechtsmittel ergriffen habe. Zudem sei anfänglich das rechtliche Gehör verletzt worden. Unter diesen Umständen wie auch gestützt auf den Grundsatz der Waffengleichheit sei nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer ebenfalls einen Anwalt beigezogen habe; ihm sei eine Parteientschädigung zuzusprechen (Urteil vom 18. November 1994 in Sachen L.). In einem neueren Entscheid hielt das Gericht wiederum fest, dass für den Beschwerdegegner keine Notwendigkeit bestanden habe, einen Anwalt beizuziehen, da die Beschwerde der Mutter gegen die Errichtung einer Beistandschaft für das gemeinsame Kind aussichtslos gewesen sei, und wies sein Entschädigungsgesuch für das Beschwerdeverfahren ab (Urteil vom 22. Dezember 2009 in Sachen R.).

c) Ausnahmsweise mit Kosten und Parteientschädigungen belastet hat das Verwaltungsgericht eine Gemeinde als Baugesuchstellerin, wenn ihr Baugesuch auf Beschwerde hin abgelehnt wurde (Entscheid vom 25. September 1992 in Sachen Einwohnergemeinde W.). Ebenso wurde eine Gemeinde kostenpflichtig erklärt in einem Verfahren, in welchem die Baukommission trotz eines ersten gutheissenden Beschwerdeentscheides des Bau-Departements ein Baugesuch erneut bewilligte; die Gemeinde habe sich nicht an eine bekannte langjährige Rechtsauffassung gehalten und unnötig einen zweifachen Instanzenzug verursacht (Entscheid vom 29. Oktober 1997 in Sachen Einwohnergemeinde L.). Eine Parteientschädigung wurde einem Häftling zugesprochen, dem ein Urlaubsgesuch zunächst verweigert, dann auf Beschwerde hin aber („gestützt auf neue Erkenntnisse“) bewilligt worden war, weshalb das Verfahren gegenstandslos wurde (Entscheid vom 2. November 1999 in Sachen M.). Die Stadt A. hatte Verfahrenskosten zu bezahlen, weil sie bei der Rechnungsstellung von Anschlussgebühren einen krassen Verfahrensfehler begangen hatte (Entscheid vom 7. Dezember 2000 in Sachen M.). Weil der Gemeinderat statt die Baubehörde eine Ersatzabgabe verfügte und damit eine unzuständige Behörde, hatte die Gemeinde die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens zu übernehmen und dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu entrichten (Urteil vom 27. November 2001 in Sachen Einwohnergemeinde B.). Wegen eines krassen Fehlentscheides in einem Verfahren betreffend Sorgerecht durch das Oberamt (in welchem zu Unrecht Unzuständigkeit festgestellt worden war) wurde dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zugesprochen (Urteil vom 29. November 2001 in Sachen W.). In verschiedenen Entscheidungen wurde den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren betreffend Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vor dem Regierungsrat zugesprochen (Urteile vom 24. Juni 2004 in Sachen T., 26. August 2008 in Sachen M.). Ebenso in einem Verfahren, in dem die Schulkommission einer Kreisschule eine nichtige Kündigung ausgesprochen und diese Entscheidung während des Beschwerdeverfahrens korrigiert hatte (Urteil vom 10. Oktober 2005 in Sachen K.). Örtliche Unzuständigkeit der verfügenden Vormundschaftsbehörde war Grund für das Zusprechen einer Parteientschädigung zu Lasten der Gemeinde in einem Entscheid vom 28. Februar 2007. Die Verletzung verfassungsmässiger Verfahrensgarantien durch Verweigerung der Akteneinsicht durch ein Amt war schliesslich der Grund für eine Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Volkswirtschaftsdepartement (Urteil vom 17. April 2007).

d) Zur Höhe der zuzusprechenden Parteientschädigung äusserte sich das Verwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung schon wiederholt. Grundsätzlich richte sich die Parteientschädigung nach dem Aufwand des Parteivertreters, wobei § 181 des Gebührentarifs anwendbar sei. Die Behörde habe die Entschädigung nach dem Umfang der Bemühungen, der Wichtigkeit und Schwierigkeit der Sache und den Vermögensverhältnissen der Parteien festzulegen. Es komme auf die Komplexität des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen an. Übertriebener Aufwand sei jedoch nicht zu entschädigen, insbesondere weder weitschweifige Ausführungen noch Stellungnahmen zu Fragen, die gar nicht direkt Streitgegenstand seien. Der Stundenansatz bemesse sich nach langjähriger konstanter Praxis auf Fr. 200.00 (Urteile vom 5. Februar 2001 in Sachen B. und vom 19. Februar 2001 in Sachen T.).

In einem Entscheid vom 14. September 2005 in Sachen Z. hielt das Verwaltungsgericht fest, dass grundsätzlich Parteiaufwand voll zu entschädigen sei, wobei aber bloss der Aufwand zu berücksichtigen sei, der zur Interessenwahrung objektiv betrachtet gerechtfertigt war. Nach den Umständen nicht gebotener Aufwand führe zu einer Herabsetzung (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, N 5 zu Art. 104 BE-VRPG). Ebenso entschied das Verwaltungsgericht in einem Entscheid vom 9. Mai 2007 in Sachen E., wo es die geltend gemachte Entschädigung massiv kürzte.

6. Der Regierungsrat bezog sich im publizierten Entscheid GER 1982 Nr. 15 auf den Entscheid SOG 1978 Nr. 34 und sprach einem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu Lasten der Bürgergemeinde zu. Der Sachverhalt sei zwar nicht so kompliziert, dass sich der Beizug eines Rechtsbeistandes geradezu aufgedrängt habe, und die Rechtslage sei unmissverständlich klar gewesen. Da die Bürgergemeinde aber trotz der klaren Rechtslage nicht gewillt gewesen sei, auf ihren (falschen) Entscheid zurückzukommen, habe dies den Vertreter des Beschwerdeführers zu weiteren Handlungen veranlasst, und für diesen Aufwand sei der Beschwerdeführer zu entschädigen.

Im Entscheid GER 1985 Nr. 1 wurde den Beschwerdeführern, die sich gegen die falsche Behandlung einer Initiative beschwert hatten, eine Entschädigung mit der Begründung verwehrt, dass sich der Sachverhalt nicht derart kompliziert dargestellt habe, dass sich der Beizug eines Rechtsbeistandes geradezu aufgedrängt habe. Die Handlung der Beschwerdeführer habe sich auf die Abfassung einer Beschwerdeschrift beschränkt, und da die Officialmaxime gelte und in konstanter Praxis weniger strenge Anforderungen an die Beschwerdeschriften gestellt würden, sei das Gesuch um Parteientschädigung abzuweisen.

In GER 1987 Nr. 1 wurde die Praxis des Regierungsrates allgemein dargestellt und mit Beispielen unterlegt. Parteientschädigungen würden nur selten ausgerichtet, weil das Verwaltungsverfahren der Officialmaxime unterliege, an die Beschwerdeschriften regelmässig geringe Anforderungen gestellt würden und nur selten höchstpersönliche Rechte betroffen seien. Zugesprochen wurden (geringe) Parteientschädigungen bei einem Eingriff in ein hochwertiges Rechtsgut (Entzug der Handlungsfähigkeit), in einer beweismässig komplizierten Disziplinarsache (Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis) und bei einem wiederholten Verstoss gegen eine klare Rechtslage (Verweigerung der Einbürgerung).

In GER 1989 Nr. 10 ging es um die rechtliche Qualifikation einer Gehaltszulage eines Gemeindeangestellten. Der Gemeinderat gab im Beschwerdeverfahren dem Angestellten Recht, verweigerte aber eine Parteientschädigung. Der Regierungsrat hielt fest, die zu entscheidenden Rechtsfragen seien sehr komplex gewesen. Die Unzumutbarkeit der eigenen Prozessführung habe sich auch aus den besonderen Verhältnissen ergeben, die dem Rechtsstreit zugrundelagen. Zu ersetzen sei jedoch nur der notwendige Aufwand, insbesondere für die Formulierung der Rechtsbehörden und die Darlegung des Sachverhaltes.

Im Entscheid GER 1992 Nr. 7 sprach der Regierungsrat einer Gemeinde eine Parteientschädigung zu, die für die Einleitung eines Disziplinarverfahrens einen Anwalt beigezogen hatte, um ihre Rechte zu wahren. Die Sachlage bei einem Disziplinarverfahren sei in aller Regel komplex und heikel.

Im Entscheid GER 1999 Nr. 4 hielt der Regierungsrat fest, die Begründung der Gemeinde sei willkürlich und stelle einen besonders zu verantwortenden Fehlentscheid im Sinne der Praxis dar, was zur Kostenaufgabe führe. Dass die Gemeinde später ihre Verfügung widerrief, was zur Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens führte, dürfe den Beschwerdeführern nicht zum Nachteil gereichen. Trotz fehlendem Sachentscheid sei eine Parteientschädigung möglich. Im konkreten Fall wäre es stossend, wenn die Beschwerdeführer ihre Anwaltskosten selber zu tragen hätten, nicht zuletzt auch, weil die Beschwerdegegnerin ihre eigenen finanziellen Interessen als Gemeinde wahrnehme und die Parteien sich im Grunde nicht anders gegenüberstünden als die Parteien eines Zivilprozesses.

Im Entscheid GER 2002 Nr. 9 wurde festgestellt, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vormundschaftsbehörde einen Fehlentscheid darstelle, der die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren vor dem Oberamt zur Folge habe. Dem Umstand, dass es dabei nicht um sehr schwierige juristische Fragen gegangen sei, könne bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung Rechnung getragen werden. Dass sich die Beschwerdeführerin von einem Anwalt vertreten liess, sei auch unter dem Gesichtspunkt der „Waffengleichheit“ zu verstehen.

Weil die Gemeinde die Publikation eines Baugesuches verweigerte, welches nicht offensichtlich unzulässig war, und dadurch eine Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung beging, hatte sie gemäss GER 2004 Nr. 2 die Hälfte der Verfahrenskosten zu tragen und der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bau- und Justizdepartement eine Parteientschädigung zu entrichten.

Im Entscheid GER 2007 Nr. 2 hat der Regierungsrat unter Hinweis auf die Praxis des Verwaltungsgerichts (vgl. unten Ziff. 7a) einer im Plangenehmigungsverfahren obsiegenden Einwohnergemeinde, die sich durch einen Anwalt vertreten liess, eine Parteientschädigung verweigert, weil sich grössere Gemeinden so zu organisieren hätten, dass sie Verwaltungsstreitsachen selbst bewältigen könnten.

In GER 2008 Nr. 6 wurde eine Parteientschädigung verweigert in einem Beschwerdeverfahren beim Regierungsrat gegen einen Entscheid des instruierenden Departementes, in welchem nicht über ein rechtzeitig eingereichtes Fristverlängerungsgesuch entschieden, sondern auf die Beschwerde zu Folge verpasster Frist nicht eingetreten worden war. Es lägen keine besonderen Umstände vor, die eine Parteientschädigung notwendig machten.

Im Entscheid GER 2008 Nr. 10 schliesslich wurde festgehalten, dass eine Sozialhilfekommission mit ihrer Weigerung, ein Gesuch um Sozialhilfe materiell zu behandeln, weil das von ihr entworfene Formular nicht ausgefüllt worden sei, einen

offensichtlichen Fehlentscheid gefällt habe, der zur Auferlegung einer Parteientschädigung führe. Dementsprechend wurden der Einwohnergemeinde die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes der Beschwerdeführer überbunden.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach der bisherigen Praxis von Regierungsrat und Verwaltungsgericht § 39 Satz 2 eine echte „Kann-Vorschrift“ ist, dass im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung nur zuzusprechen ist, wenn sie ausdrücklich beantragt ist, wenn der Beschwerdeführer obsiegt und wenn er von einer Drittperson (Anwalt) vertreten wird. Das zusätzliche Erfordernis des Sachentscheides, welches in der Praxis noch regelmässig zitiert wird, ist faktisch aufgegeben worden. Auch Prozessentscheide wie Abschreibungsbeschlüsse können zu einer Entschädigungspflicht führen, wenn die Behörde ihren ursprünglichen Entscheid widerrufen oder abgeändert hat, und die Sache damit materiell erledigt ist. In jedem Fall muss es sich aber um eine Angelegenheit handeln, die den Beizug eines Vertreters notwendig macht, sei es, weil der Sachverhalt schwierig ist, weil sich rechtlich komplexe Fragen stellen oder weil es um Eingriffe in höchstpersönliche Rechte geht.

Damit die Kosten und allenfalls auch eine Parteientschädigung dem Gemeinwesen überbunden werden können, braucht es besondere Umstände. Diese liegen vor, wenn das Gemeinwesen selbst Beschwerde geführt hat, wenn die Behörde einen krassen Fehlentscheid in besonderer Weise zu verantworten hat, zum Beispiel bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs oder bei einem willkürlichen Entscheid, oder wenn das Gemeinwesen (ohne Antrag) gegenüber einem Bürger hoheitlich verfügt hat und im folgenden Beschwerdeverfahren unterliegt. Zugesprochen oder auferlegt werden Parteientschädigungen dem Gemeinwesen auch, wenn es um personalrechtliche Verfahren oder Ansprüche aus dem Dienstverhältnis geht und wenn das Gemeinwesen wie ein Privater oder im eigenen Vermögensinteresse handelt.

8.a) Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht galten bis zur Revision vom 7. Dezember 2007 für Kosten und Entschädigung die Regeln von § 101 ff. der Zivilprozessordnung. Das bedeutete, dass grundsätzlich die unterliegende Partei die Gerichtskosten und die Parteikosten der Gegenpartei zu tragen hatte. Der grundsätzliche Anspruch auf Parteientschädigung lag nicht im Ermessen der Entscheidbehörde. Bei Unterliegen des Beschwerdeführers wurde dieser kosten- und entschädigungspflichtig, wenn die entscheidende Behörde unterlag, waren dieser bzw. dem Gemeinwesen oder der Organisation, für welche sie tätig war, Kosten und Entschädigung zu überbinden. Waren noch private unterliegende Beschwerdeführer am Verfahren beteiligt, wurden die Kosten und Entschädigungen auf die Behörde und die unterliegenden Privaten aufgeteilt. Für die Bemessung der Parteientschädigung galt § 181 Gebührentarif.

b) Hinsichtlich der Parteientschädigung galt nach langjähriger Praxis, dass den Gemeinwesen keine Parteientschädigung zugesprochen wurden, wenn sie durch ihre Organe und Angestellten handelten, wozu auch der Rechtskonsulent gehöre (Verwaltungsgerichtsurteil vom 20. Juli 1995). Auch sonst erhielten sie nur aus-

nahmsweise Parteientschädigungen zugesprochen, weil ein Gemeinwesen von einer bestimmten Grösse sich so zu organisieren habe, dass es Verwaltungsstreitsachen selbst bewältigen könne. Das Erheben und Beantworten von Rechtsmitteln gehöre zu den angestammten amtlichen Aufgaben (Entscheid vom 28. Februar 2007 in Sachen G. mit Hinweisen auf die Lehre zur Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich und im Bund).

Anders war die Praxis, wenn das Gemeinwesen als Arbeitgeberin auftrat. Im Entscheid in Sachen U. vom 21. Oktober 2004 hielt das Gericht fest, die (mittelgrosse) Einwohnergemeinde sei nicht beteiligte Behörde im Sinne von § 37 Abs. 2 VRG, sondern Partei, weshalb sie kosten- und entschädigungspflichtig werde. In den meisten Entscheiden wurden Gemeinden in personalrechtlichen Streitigkeiten jedoch ohne nähere Begründung Parteientschädigungen zugesprochen (Urteile vom 28. Mai 2003 in Sachen W., vom 4. September 2003 in Sachen V und vom 19. September 2005 in Sachen A.) bzw. auferlegt (Urteil vom 24. Januar 2003 in Sachen U.). Festgestellt wurde in mehreren Entscheiden (z.B. vom 4. September 2003 und vom 14. Oktober 2004 in Sachen R.) auch, dass praxisgemäss in personalrechtlichen Streitigkeiten die Kosten zurückhaltend und massvoll veranschlagt würden. Einzig in einem Entscheid vom 15. März 2005 wurde einer Gemeinde eine Entschädigung trotz Beizug einer externen Vertreterin mit der Begründung verweigert, dass grössere Gemeinden in der Lage sein müssten, Verwaltungsstreitsachen selbst bewältigen zu können.

9.a) Mit der Revision vom 7. Dezember 2007 wurde auch für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren der gesetzliche Vorbehalt eingeführt, dass den beteiligten Behörden in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt und Parteientschädigungen weder zugesprochen noch auferlegt werden. Der grundsätzliche Anspruch auf Parteientschädigung blieb jedoch mit dem Verweis auf die Regeln der ZPO bestehen; er wurde nicht in das Ermessen der Entscheidbehörde gestellt.

b) Aus der Botschaft des Regierungsrats zur VRG-Revision vom 11. September 2007 (RRB Nr. 1555) ergibt sich, dass die Änderung von § 77 nicht als wesentlich angesehen wurde, ist sie doch in der Zusammenfassung auf Seite 3 nicht erwähnt. Ausführlich eingegangen wurde in der Botschaft unter Ziff. 1.4 auf die bisherige Regelung von Verfahrenskosten und Parteientschädigungen im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren, offenbar weil der Kantonsrat am 27. März 2002 eine Motion Markus Grütters zu Verfahrenskosten und Parteientschädigungen im Beschwerdeverfahren in Verwaltungssachen als Postulat erheblich erklärt hatte. Der Regierungsrat vertrat nach dem Ergebnis der Vernehmlassung jedoch die Auffassung, die geltenden Regeln von § 37 und § 39 VRG hätten sich bewährt, ebenso die dazu von Regierungsrat und Verwaltungsgericht entwickelte Ausnahmepaxis. Zur neuen Regel in § 77 wurde nur vermerkt, dass der neu angefügte Satz 2 die geltende Regelung für das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren auch für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren übernehmen sollte. Ausnahmen sollten in Anlehnung an die gefestigte Praxis lediglich möglich sein, wenn das Gemeinwesen selber Beschwerde geführt habe, wenn es wie ein Privater handle oder wenn es als Vorinstanz einen Fehlentscheid in besonderer Weise zu verantworten habe.

In der kantonsrätlichen Debatte stand dem Vorschlag der Regierung ein in letzter Minute eingereichter Antrag Grütter gegenüber, welcher in der vorberatenden Justizkommission nicht hatte diskutiert werden können. Der Antrag stimmte mit der als Postulat überwiesenen Motion überein und verlangte, dass in § 37 Abs. 2 und § 39 je der 2. Satz gestrichen würde, also die Sonderregelung (Behördenprivileg) für die am Verfahren beteiligten Behörden sowohl bei den Kosten wie bei der Parteientschädigung wegfielen. Der Antragsteller bezog sich vor allem auf die Fälle des Obsiegens von Privaten wie von Behörden, die einen Rechtsbeistand benötigten, und machte geltend, es sei ungerecht, wenn diese nicht entschädigt würden. Als Begründung für die gegenteilige Auffassung wurde vorgebracht, die Behörden handelten in den meisten Fällen von Amtes wegen und seien automatisch Beschwerdegegner und gezwungen, am Verfahren mitzuwirken; das rechtfertige das Kostenprivileg. Auf der andern Seite benötigten sie in den wenigsten Fällen einen Rechtsvertreter, und das Risiko für Rechtssuchende, den Behörden eine Parteientschädigung bezahlen zu müssen, wäre eine unzulässige Schikane. In der Abstimmung ergab sich im Kantonsrat Stimmgleichheit, sodass mit Stichtentscheid des Vorsitzenden die Vorlage der Regierung angenommen und Gesetz wurde.

Im ganzen Gesetzgebungsprozess war kein Thema, dass die Frage der Kosten und der Parteientschädigung verschieden geregelt werden könnte, wie dies zum Beispiel im Bundesrecht (Art. 68 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes) der Fall ist. Ein entsprechender Hinweis eines Kantonsrats blieb ungehört.

c) Damit steht fest, dass auch im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren grundsätzlich das Behördenprivileg bei Kosten und Entschädigung gelten soll, und zwar im Rahmen der zum verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren entwickelten Ausnahmepaxis. Der Wortlaut von § 77 Satz 2 VRG entspricht dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Sinn und Zweck der Norm.

d) Im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren gilt hingegen das Behördenprivileg nach wie vor nicht, da es vom Wortlaut der Einschränkung nicht umfasst wird. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich kein Hinweis darauf, dass der Wortlaut nicht dem Sinn und Zweck der Regelung entspricht. Die Unterscheidung lässt sich ohne weiteres auf sachliche Gründe zurückführen, stehen sich doch im Klageverfahren in aller Regel wie im Zivilprozess zwei Parteien gegenüber, die um Geld streiten, während im Beschwerdeverfahren die „Behörden“ eben regelmässig nicht Partei sind, sondern als zuständige (Vor-)Instanz amten und entscheiden müssen.

10. Die Vorschrift, dass den am verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beteiligten Behörden in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt werden, kann nur beschränkt Wirkung entfalten. Die Kosten können ja ohnehin nicht der entscheidenden Behörde auferlegt werden, da diese meistens nicht selbständig rechts- oder prozessfähig sind, sondern nur dem Gemeinwesen, dessen Wirkungskreis sie angehören. Da bei Verwaltungsgerichtbeschwerden in der Regel die Vorinstanz eine kantonale Behörde ist, sind die Kosten bei Obsiegen des Beschwerdeführers vom Kanton zu tragen, auch wenn sie ihm bzw. der für ihn entscheidenden Behörde nicht auferlegt werden dürfen. Es werden dann im Dispositiv des Entscheides

einfach keine Entscheidungsgebühren festgesetzt. Dies gilt jedenfalls, solange nicht zusätzliche private Beschwerdegegner sich im Verfahren beteiligt haben.

Wirkung entfaltet die Vorschrift von § 77 Satz 2 VRG hinsichtlich der Kosten nur, wenn die Vorinstanz ein anderes Gemeinwesen, eine andere Körperschaft, eine selbständige Anstalt oder sonst eine Behörde ist, die nicht der kantonalen Verwaltung angehört.

11. Wie bereits erwähnt, entspricht es zwar dem Gerechtigkeitsempfinden, dass einer Partei, die mit ihrem Begehren obsiegt, die durch das betreffende Verfahren unmittelbar entstandenen Kosten ersetzt werden. Und die fehlende entsprechende Regelung wird auch andernorts als nicht mehr zeitgemäss kritisiert, schon für das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, da heute nicht mehr davon ausgegangen werden könne, dass der Beizug einer Anwältin nicht nötig sei (Alexandra Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, S. 472, in: Denise Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt). Doch besteht nach der Lehre kein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, wonach der obsiegenden, durch einen Rechtsanwalt vertretenen Partei eine Parteientschädigung zugesprochen werden muss. Ein solcher lässt sich auch nicht generell aus Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 9 und 29 BV ableiten. (Markus Metz/Felix Uhlmann, Die Besonderheiten der Prozessführung im öffentlichen Recht, in AJP 2004, 343 ff., unter Hinweis auf Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 268). Massgebend ist vielmehr die entsprechende gesetzliche Regelung, und zwar für das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren wie auch für das Verfahren vor Verwaltungsgericht.

Das Inkrafttreten von Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) am 1.1.2007 hat nichts daran geändert, dass kein genereller Anspruch auf Parteientschädigung von Verfassungen wegen besteht. Auch aus dem auf diesen Zeitpunkt in Kraft getretenen neuen Bundesrecht, insbesondere dem Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) lässt sich keine entsprechende Verpflichtung für das kantonale Recht ableiten. Immerhin ist bei der Auslegung der Vorschrift von § 39 Satz 2 VRG darauf zu achten, dass diese verfassungskonform erfolgt und die tatsächliche Inanspruchnahme des Gerichts nicht übermässig erschwert wird.

12.a) Das verwaltungsgerichtliche Verfahren unterscheidet sich vom verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren bei der Frage der Parteientschädigung, wie schon dargelegt (oben Erw. 7b), einmal dadurch, dass grundsätzlich ein unbedingter Anspruch auf Parteientschädigung besteht. Es liegt nicht im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts, ob der obsiegenden Partei überhaupt eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Das Gericht muss nach § 77 Satz 1 VRG die Gerichts- und Parteikosten nach den Grundsätzen der Zivilprozessordnung den Parteien auferlegen, was bedeutet, dass die unterliegende Partei die Gerichtskosten und die Parteikosten der Gegenpartei zu tragen hat (§ 101 Abs. 1 ZPO).

b) Für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren ist zu dieser Grundregel nun eine erhebliche Einschränkung bzw. ein Widerspruch entstanden, wenn den beteiligten Behörden in der Regel keine Parteientschädigungen zugesprochen oder auferlegt werden dürfen. Während die Änderung bei der Zusprechung von Parteientschädigungen an Behörden auf Grund der bestehenden restriktiven Praxis zum alten Recht (oben Erw. 7a) keine grosse Änderung mit sich brachte, wirkt sich die Änderung bei der nun in der Regel ausgeschlossenen Auferlegung von Parteientschädigungen an die Behörde doch einschneidender aus. In den Fällen, wo sich nur ein Beschwerdeführer und die Behörde gegenüberstehen, was im Verfahren vor Verwaltungsgericht der Standardsituation entspricht, hat der obsiegende Beschwerdeführer seit dem geänderten Recht nun in der Regel keinen Anspruch auf Parteientschädigung mehr und trägt damit ein erheblich grösseres Kostenrisiko. Erheblich verstärkt wurde auch der Unterschied in der Behandlung zwischen Privaten, die sich am Verfahren beteiligen, und den beteiligten Behörden, was die Kosten betrifft. Bei einem Unterliegen tragen seit der Revision die Privaten das volle Kostenrisiko, die Behörden in der Regel keines.

c) Wohl gilt auch im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht ist nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden, sondern kann von Amtes wegen Beweiserhebungen anordnen. Es gilt aber in aller Regel nicht dieselbe uneingeschränkte Officialmaxime, wie sie im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden in § 14 VRG vorgeschrieben ist. Und bei der Rechtsanwendung gilt das Rügeprinzip: Was nicht gerügt wird, ist im gerichtlichen Verfahren nicht zwingend zu überprüfen. Es trifft also für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren nicht in gleichem Masse zu wie im verwaltungsinternen Verfahren, dass auf Grund der uneingeschränkt geltenden Officialmaxime die Sachverhaltsfeststellung und die Rechtsanwendung der Behörde überlassen werden kann, die Beteiligung unter diesem Aspekt freiwillig erfolgt und nicht notwendig ist. Der Unterschied kann unter dem Aspekt der „Waffengleichheit“ insofern eine Rolle spielen, als dass diese im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eher als im verwaltungsinternen Verfahren nicht mehr gewahrt ist, wenn ein Beschwerdeführer nicht durch einen Anwalt vertreten ist, umso mehr, wenn auf der Seite der Behörde ein spezialisierter Jurist handelt. Die Schwelle für die ausnahmsweise Zusprechung einer Entschädigung zu Lasten des Gemeinwesens ist deshalb etwas tiefer anzusetzen, damit nicht in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden zuwidergelaufen und der neu verfassungsmässig garantierte Rechtsweg über die geänderte Kostenregelung faktisch wieder ausgeschlossen wird. Ebenso wird in Verfahren, in welchen an der Seite der Behörde sich auch Private beteiligen, zu prüfen sein, ob die Kosten und Entschädigungen, den unterliegenden Privaten nur anteilmässig aufzuerlegen sind, damit nicht eine zu grosse Ungleichbehandlung entsteht.

13.a) Das Verwaltungsgericht hat seit Inkrafttreten der geänderten Kosten- und Entschädigungsregelung am 1. April 2008 noch keine klare Praxis zum neuen Recht entwickelt. Parteientschädigungen wurden in mehreren Fällen aus verschiedenen Rechtsgebieten zugesprochen, jedoch ohne ausdrückliche Auseinandersetzung mit der geänderten gesetzlichen Grundlage.

b) In analoger Anwendung der bisherigen Praxis zum verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren ist auch im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren die Behörde bzw. das Gemeinwesen, in dessen Wirkungskreis die Behörde handelt, kosten- und entschädigungspflichtig, wenn sie selber Beschwerde geführt hat und unterliegt.

Dasselbe gilt bei Entscheiden in ihrem amtlichen Wirkungskreis, wenn diese sich als besondere Fehlentscheide erweisen, insbesondere weil sie in Verletzung von Zuständigkeitsvorschriften ergangen sind, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs erheblich verletzt haben oder willkürlich erfolgt sind.

c) Bei schweren Eingriffen in Grundrechte oder höchstpersönliche Rechte wird die Behörde zumindest entschädigungspflichtig, wenn sie unterliegt.

d) Der Behörde bzw. dem Gemeinwesen sind immer Gerichts- und Parteikosten aufzuerlegen, wenn sie als Partei mit eigenen finanziellen Interessen oder wie ein Privater auftritt. Das gilt insbesondere auch bei personalrechtlichen Verfahren oder Ansprüchen aus dem Dienstverhältnis, was sich umso mehr rechtfertigt, weil die Abgrenzung zwischen der ursprünglichen (Klageverfahren) und der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit (Beschwerdeverfahren) gerade in diesem Bereich nicht immer klar ist.

e) Der generelle Vorbehalt, dass im Einzelfall die Verweigerung einer Parteientschädigung zu einem verfassungswidrigen stossenden Ergebnis führen würde, gilt selbstverständlich weiter.

f) Schliesslich ist als Voraussetzung für das Zusprechen einer Entschädigung in jedem Fall notwendig, dass ein Antrag auf Entschädigung formrichtig gestellt worden sein muss, dass der Beschwerdeführer durch eine Anwältin oder einen Anwalt vertreten war und dass er obsiegt hat.

g) Bei der Entschädigungsberechtigung des Gemeinwesens gilt ebenso die langjährige Praxis weiterhin, dass dem Gemeinwesen keine Parteientschädigung zugesprochen wird, wenn es durch seine Angestellten und Organe handelt. Auch am Vorbehalt, dass grössere Gemeinden sich so zu organisieren haben, dass sie verwaltungsrechtliche Streitigkeiten selbst bewältigen können, wird festgehalten. Als grössere Gemeinde gilt eine Gemeinde ab etwa 10'000 Einwohnern, entsprechend der Praxis des Bundesgerichts zum Verwaltungsverfahren des Bundes.

14.a) Nach der Übergangsbestimmung zur Gesetzesänderung vom 5. Dezember 2007 in § 96 Abs. 1 VRG sind auf Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes hängig sind, die neuen Bestimmungen anwendbar. Es ist deshalb im zu beurteilenden Fall die seit 1. April 2008 geltende Fassung von § 77 VRG anzuwenden.

b) In Anwendung der dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist folgendes festzuhalten: Das Bau- und Justizdepartement behandelte die von den Beschwerdeführern bei der Gemeinde C gestellten Anträge zur Behebung des

rechtswidrigen Zustandes als zuständige Amtsstelle für die Bewilligung von Bauten und Anlagen ausserhalb von Bauzonen (§ 38<sup>bis</sup> Abs. 1 Planungs- und Baugesetz [PBG, BGS 711.1]) erstinstanzlich. Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren ist nach § 37 Abs. 1 VRG grundsätzlich unentgeltlich, Parteientschädigungen können nach dem Gesetz keine zugesprochen werden (vgl. oben Erw. 3). Dementsprechend wurden in der Verfügung des Bau- und Justizdepartementes vom 25. September 2008 auch keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigung zugesprochen. Die Verfügung des Departementes wurde durch die Anfechtung beim Verwaltungsgericht hinfällig. Das Bundesgericht hat seinerseits den Entscheid des Verwaltungsgerichtes aufgehoben und das Verfahren an das Bau- und Justizdepartement zu neuem Entscheid zurückgewiesen. In diesem Entscheid wird auch über die Kosten bzw. das Gesuch um Parteientschädigung zu befinden sein. Auf das Ersuchen um Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bau- und Justizdepartement ist deshalb hier nicht einzutreten.

c) Für das Verfahren vor Verwaltungsgericht ist festzuhalten, dass nach den anwendbaren Regeln von § 77 Satz 1 VRG bzw. § 101 ZPO Kosten und Parteientschädigung der nun unterliegenden Behörde aufzuerlegen wären, dieser aber nach § 77 Satz 2 VRG nicht auferlegt werden dürfen, ausser es liege ein Ausnahmetatbestand vor.

Da der vorinstanzliche Entscheid kein qualifizierter Fehlentscheid im Sinne der dargelegten Praxis war, es nicht um schwere Grundrechtseingriffe oder um höchstpersönliche Rechte der Beschwerdeführer ging, ebenso wenig wie um finanzielles Interesse der entscheidenden Behörde, liegt kein Grund für eine Ausnahme vor. Auf die Erhebung einer Gebühr für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist daher zu verzichten, und ein ausnahmsweiser Anspruch auf Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht besteht nach dem anwendbaren kantonalen Recht nicht. Die angefallenen Kosten hat der Staat Solothurn zu tragen, das Begehren um Parteientschädigung ist abzuweisen.

Dieses Ergebnis läuft nicht in so stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden zuwider, dass es verfassungswidrig erschiene. Die Durchsetzung des Rechts ist nicht verunmöglicht oder unzumutbar erschwert worden, wie das Verfahren zeigt, hat doch die zuständige Behörde gleichwohl gehandelt und Vorkehrungen getroffen.

Demnach wird **erkannt**:

1. Der Kanton Solothurn hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht (VWBES.2008.338) zu tragen.
2. Auf das Begehren um Zusprechung einer Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bau- und Justizdepartement wird nicht eingetreten.
3. Das Begehren um Zusprechung einer Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wird abgewiesen.

**Rechtsmittel:** Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Dieser Entscheid ist schriftlich zu eröffnen an:

B, GU

Bau- und Justizdepartement, Werkhofstrasse 65, 4509 Solothurn, Interne Post

Einwohnergemeinde C, Baukommission, A-Post

Schiessplatzkommission D, A-Post

### **Im Namen des Verwaltungsgerichts**

Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin

Stöckli

Mathys