

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 424 vom 24. Januar 2023

BE Verwaltungsgericht, 2023-01-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_424

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 424 du 24 janvier 2023

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 424 del 24 gennaio 2023

Regeste

Forderung aus Gutachterauftrag (Entscheid des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne vom 15. Oktober 2020; vkv 1/2018) | Vertragsstreitigkeiten

Erwägungen

E. 1.1

Im Klageverfahren ergangene Urteile unterer Verwaltungsjustizbehörden können mit Appellation vor das Verwaltungsgericht gebracht werden, soweit die Gesetzgebung nichts anderes vorsieht (Art. 93 Abs. 1 des Geset-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 4 zes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 20a Abs. 1 VRPG) prüft das Verwaltungsgericht, in welchem Verfahren die Streitsache zu beurteilen und welches Rechtsmittel zulässig ist (BVR 2019 S. 344 [VGE 2016/39 vom 5.3.2019] nicht publ. E. 1.1, 2018 S. 528 E. 1, 2011 S. 458 E. 1.1.1). Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, an denen Gemeinden beteiligt sind, sind im Klageverfahren zu beurteilen, soweit die zuständige Behörde die Streitigkeit nach dem Gesetz nicht durch Verfügung zu regeln hat (vgl. Art. 88 Bst. d VRPG; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 88 N. 1 f., 10 ff.). Die verwaltungsrechtliche Klage ist unzulässig, wenn der behauptete Anspruch auf dem Beschwerdeweg geltend gemacht werden kann (Art. 90 Abs. 1 VRPG; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 90 N. 1 ff.).

E. 1.2

Vorab ist zu klären, ob die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Natur ist.

E. 1.2.1

Fehlt es wie hier an einer spezialgesetzlichen Regelung, stützen sich Lehre und Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht auf verschiedene Methoden (z.B. Interessen-, Funktions-, Subordinationstheorie), wobei keiner ein Vorrang zukommt. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird (statt vieler BGE 138 II 134 E. 4.1 [Pra 101/2012 Nr. 100], 137 II 399 [Pra 101/2012 Nr. 38], 132 I 270 E. 4.3; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG,

E. 1.2.2

Als öffentlich-rechtlich qualifizierte das Bundesgericht die Honorarforderung eines Gerichtsgutachters in einem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren (BGE 134 I 159 E. 3,

jedoch ohne nähere Begründung). Auch den Beizug eines Arztes durch die Polizei für die Feststellung des Todes hat es als öffentlich-rechtlich erachtet (BGer 2C_657/2017 vom 22.8.2019, in ZBl 2020 S. 516 E. 2.2.2 [betreffend VGE 2017/123 vom 22.6.2017], wobei es die ärztliche Bescheinigung als «sehr kurzes Gutachten» bezeichnete). Gleiches gilt für die Tätigkeit von Dolmetscherinnen und Dolmetschern an Gerichten (vgl. BGE 140 II 112 E. 3.1.1; BGer 1C_252/2007 vom 5.3.2008 E. 2 und 5.3, 1P.58/2004 vom 15.11.2004 E. 2.2; zum Ganzen auch Felix Uhlmann, Der öffentlich-rechtliche Auftrag, in Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, 2015, S. 277 ff., 279; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 1303; vgl. ferner auch André Terlinden, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, 2010, S. 261 ff., 264 f., wonach die von der FINMA für die Beurteilung von aufsichtsrechtlichen Sachverhalten beigezogenen Untersuchungsbeauftragten öffentlich-rechtlich beauftragt seien; a.M. wohl Tobias Jaag, Bedarfsverwaltung, in Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, 2011, S. 543 ff., 546, der den Beizug von Experten zur Erstellung von Gutachten zur Bedarfsverwaltung zählt).

E. 1.2.3

Art. 11 Abs. 1 des Reglements der Stadt Biel vom 11. Dezember 1996 für die Kommissionen des Stadtrates (SGR 1.5.1-2) sieht vor, dass die GPK Sonderprüfungen in der Verwaltung durchführt, wenn wichtige Fragen einer näheren Abklärung bedürfen. Sie kann Sonderprüfungen einem Ausschuss oder einer Referentin bzw. einem Referenten übertragen; diese er-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 6 staten ihr schriftlich Bericht (Abs. 3). Die Sonderprüfung ist ein Instrument der parlamentarischen Aufsicht und damit eine öffentliche Aufgabe (vgl. Art. 38 der Stadtordnung der Stadt Biel vom 9. Juni 1996 [SGR 1.0-1]; Art. 86 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 [GG; BSG 170.11]; zum Begriff der öffentlichen Aufgabe BVR 2013 S. 251 E. 3.1 mit Hinweisen). Aufgrund der rechtlichen Komplexität des zu bewertenden Sachverhalts und mangels zeitlicher und fachlicher Ressourcen hat die GPK die ihr obliegende Sonderprüfung an den Appellanten als externen Experten übertragen. Dieser verfügte bei der Ausführung der Aufgabe über einen grossen Gestaltungsspielraum. So umschrieb die GPK bei Auftragserteilung lediglich Gegenstand und Zielsetzung der anstehenden Sonderprüfung und hielt fest, sie bleibe für die Berichterstattung an den Stadtrat sowie eine allfällige Präzisierung oder Erweiterung des Mandats zuständig. Weitere Vorgaben zum konkreten Vorgehen – abgesehen von der Verpflichtung zur Wahrung der Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte und zur Geheimhaltung – sind nicht ersichtlich (vgl. Schreiben der GPK vom 1.7.2015, Vorakten [act. 3A] pag. 19 bzw. 196 f.). Insbesondere war nicht festgelegt, in welcher Form und Tiefe der Appellant die ihm unterbreiteten Fragen zu bearbeiten und beantworten hatte (dazu auch hinten E. 5.5). Dieser nahm daher nicht bloss eine untergeordnete Hilfstätigkeit wahr, womit das strittige Rechtsverhältnis, auch im Licht der dargestellten Kasuistik (E. 1.2.2 hiervor), dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

E. 1.3

Sodann ist zu prüfen, ob eine Vertragsstreitigkeit vorliegt.

E. 1.3.1

Aufgrund des Vorrangs der Verfügung (Art. 49 Abs. 1 VRPG) ist die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags nur zulässig, wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorsieht (BVR 2019 S. 344 E. 1.2.1, 2018 S. 528 E. 2.3, je mit weiteren Hinweisen; Markus Müller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. ff.). Enthält das Gesetz keine besonderen Regeln bezüglich Handlungsform oder Streit-schlichtungsmodus, hat die Behörde gemäss der insofern klaren Vorgabe des VRPG durch Verfügung zu handeln. Das gilt jedenfalls im Anwendungs- bereich des kantonalen Rechts (Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 5).

E. 1.3.2

Der Appellant stützt den strittigen vermögensrechtlichen Anspruch auf einen (öffentlich-rechtlichen) Vertrag, auf dessen Grundlage die GPK ihn

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 7 als aussenstehenden Experten für die Durchführung einer Sonderprüfung beigezogen hat. Nach Art. 19 Abs. 4 VRPG sind kantonale und kommunale Behörden befugt, Personen ausserhalb einer Verwaltungsbehörde mit einer amtlichen Untersuchung zu beauftragen (vgl. auch Art. 86 Abs. 2 GG sowie zur kommunalen Rechtsgrundlage vorne E. 1.2.3; Michel Daum, a.a.O., Art. 19 N. 131 ff.). Das GG lässt bei der Zuweisung oder Übertragung von Gemeindeaufgaben an ausserhalb der Verwaltung stehende Dritte die Hand- lungsfom des Vertrags ausdrücklich zu (vgl. Art. 64 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 GG), was sachgerecht ist, steht dabei doch das partnerschaftliche Verhältnis zwischen Gemeinde und Dritten regelmässig im Vordergrund und lassen sich letztere durch vertragliche Einigung in der Regel wirksamer in die Auf- gabenerfüllung einbinden, als durch hoheitliches Handeln (vgl. auch Ueli Friederich, Gemeinderecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungs- recht, 3. Aufl. 2021, S. 153 ff., 229 N. 180; derselbe, in Kommentar zum ber- nischen GG, 1999, Art. 64 N. 36 f.). Ist die Gemeinde im fraglichen Bereich somit zu vertraglichem Handeln berechtigt, braucht nicht geklärt zu werden, ob sie das Rechtsverhältnis nicht auch durch (mitwirkungsbedürftige) Verfü- gung hätte begründen können (vgl. Felix Uhlmann, a.a.O., S. 284 f.).

E. 1.4

Der Streitigkeit liegt nach dem Gesagten ein zulässigerweise durch die Gemeinde und den Appellanten abgeschlossener öffentlich-rechtlicher Vertrag zu Grunde, weshalb sie im Klage- bzw. Appellationsverfahren zu be- urteilen ist (Art. 93 Abs. 1 i.V.m. Art. 88 Bst. d VRPG).

E. 1.5

Der Appellant ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen zur Hauptsache nicht durchgedrungen, durch das angefochtene Urteil be- sonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist somit zur Appellation befugt (vgl. zur Geltung der Le- gitimationsvoraussetzungen auch im Appellationsverfahren BVR 2021 S. 218 E. 2.3 f.). Auf die Appellation ist unter Vorbehalt von E. 1.6 hiernach einzutreten.

E. 1.6

Der Appellant beantragt mit seinem Subeventualbegehren die Rück- weisung der Sache an die Vorinstanz (vorne Bst. C), begründet dies aber mit keinem Wort. Insofern genügt die Appellation den gesetzlichen Begrün- dungsanforderungen von Art. 94 Abs. 1 i.V.m. Art.

32 Abs. 2 VRPG nicht und ist auf sie nicht einzutreten. Weiter verweist der Appellant im Zusammen-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 8 hang mit der Bezifferung seines Hauptbegehrens auf frühere Eingaben (Appellation S. 19). Ein solcher Verweis stellt indes keine rechtsgenügende Begründung im Sinn von Art. 32 Abs. 2 VRPG dar; es darf lediglich ergänzend auf früher Gesagtes hingewiesen werden (BVR 2006 S. 193 [VGE 22333 vom 20.1.2006] nicht publ. E. 1.3; VGE 2019/321 vom 22.4.2020 E. 1.2 mit weiteren Hinweisen; Michel Daum, a.a.O., Art. 32 N. 24). Ob seine Eingabe insofern den formellen Anforderungen genügt, kann jedoch mit Blick auf das Ergebnis offenbleiben (hinten E. 4.13).

E. 1.7

Dem Verwaltungsgericht stehen die gleichen Erkenntnisbefugnisse wie der Vorinstanz zu. Es würdigt die Vorbringen der Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach pflichtgemäßem Ermessen (Art. 93 Abs. 2 i.V.m. Art. 92 Abs. 1 VRPG; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 93 N. 10).

E. 2

Nach Lehre und Praxis bedürfen öffentlich-rechtliche Verträge zu ihrer Gültigkeit zumindest der (einfachen) Schriftlichkeit (BGer 1C_61/2010 vom 2.11.2010 E. 4.1, auch zum Folgenden; VGE 2013/208 vom 10.9.2014 E. 4.2.1, je mit Hinweisen; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, N. 997). Der Vertrag muss damit insbesondere die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen (Art. 13 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]). Das mit «Auftrag / Sonderprüfung [...]» betitelte Schreiben vom 1. Juli 2015 wurde lediglich vom (damaligen) Präsidenten der GPK und der Ratssekretärin unterzeichnet, nicht aber vom Appellanten (vgl. Vorakten [act. 3A] pag. 20 bzw. 197). Damit leidet die Vereinbarung an einem Formmangel. Die Frage nach dessen möglichen Folgen kann aber offenbleiben: Selbst wenn das gültige Zustandekommen des Vertrags zu verneinen wäre, würde dies an der Verbindlichkeit des Vertragsinhalts hier nichts ändern. So sind sich Rechtsprechung und Lehre darin einig, dass die Nichtigkeits- und Ungültigkeitsfolgen formunwirksamer Verträge einzuschränken sind. Die Formungültigkeit ist insbesondere dann unbeachtlich und die Berufung darauf unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinn von Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 9 (ZGB; SR 210) darstellt. Dabei kommt der freiwilligen und irrtumsfreien vollständigen oder zumindest überwiegenden Erfüllung des mangelhaften Vertrags durch die Parteien besondere Bedeutung zu (BGE 140 III 200 E. 4.2 [Pra 103/2014 Nr. 102], 138 III 123 E. 2.4.2, 116 II 700 E. 3b, 112 II 107 E. 3; VGE 2013/208 vom 10.9.2014 E. 4.3). – Im vorliegenden Fall gehen sowohl Appellant als auch Gemeinde vom (gültigen) Zustandekommen des Vertrags aus und berufen sich nicht auf Formungültigkeit. Zudem hat der Appellant seine Leistungen erbracht; diese lassen sich nicht mehr rückgängig machen. Ob die Gemeinde die Leistungen ihrerseits bereits vollständig vergütet hat, bildet gerade Streitgegenstand. Insgesamt ist somit von der Gültigkeit der Vereinbarung auszugehen.

E. 3.1

Die Parteien sind sich einig, dass sie einen Vertrag abgeschlossen haben, vertreten jedoch unterschiedliche Auffassungen über die Vertrags- qualifikation. Während der Appellant von einem «öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis» ausgeht und daraus ableitet, dass die Gemeinde anteilig Sozialversicherungsbeiträge zu tragen habe (Appellation S. 9 ff.), gehen Ge- meinde und Vorinstanz von einem öffentlich-rechtlichen Auftrag aus (Appel- lationsantwort Rz. 47 ff.; angefochtenes Urteil E. 3).

E. 3.2

Öffentlich-rechtliche Verträge sind grundsätzlich gleich wie privat- rechtliche Verträge auszulegen (BVR 2010 S. 180 E. 3.2.1, 1994 S. 440 E. 5b; VGE 2020/207 vom 6.1.2022 E. 3.2, 2020/127 vom 7.9.2021 E. 2.3, 2014/160 vom 30.1.2015 E. 3.1, je mit weiteren Hinweisen; jeweils auch zum Folgenden). Die Auslegung richtet sich daher in erster Linie nach dem empi- risch festzustellenden übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragspar- teien (Art. 18 Abs. 1 OR; empirische oder subjektive Vertragsauslegung). Ist ein solcher Wille nicht feststellbar, so ist der Vertrag gemäss Vertrauensprin- zip nach dem mutmasslichen Willen auszulegen, das heisst so, wie er nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen ver- standen werden durfte und musste (normative oder objektivierte Vertrags- auslegung; BGE 148 V 70 E. 5.1.1, 144 III 93 E. 5.2.1 f. [Pra 2019 Nr. 40], 142 III 671 E. 3.3, 142 III 239 E. 5.2.1 f. [Pra 107/2018 Nr. 7], je mit weiteren

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 10 Hinweisen). Das Gericht hat den Inhalt bzw. die Rechtsnatur einer vertragli- chen Beziehung von Amtes wegen zu ermitteln; die (fehlerhafte) Bezeich- nung eines Vertrags durch die Parteien ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 143 II 297 E. 6.4.1, 131 III 217 E. 3 [Pra 95/2006 Nr. 6]; darauf verweisend BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 5 und 6.4; BVR 2010 S. 180 E. 3.2.1).

E. 3.3

Öffentliches Personalrecht findet dann Anwendung, wenn vertraglich ein Arbeitsverhältnis begründet wurde (vgl. Art. 1 und Art. 8 des Personal- reglements der Stadt Biel vom 19. August 2015 [PersR; SGR 1.5.3-1] i.V.m. Art. 1 ff. des Personalgesetzes vom 16. September 2004 [PG; BSG 153.01]; Hans Ulrich Zürcher, Personalrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Ver- waltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 51 ff., 59 N. 19). Weil es an einer Bestim- mung fehlt, die das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses definieren würde, erfolgt dessen Abgrenzung von einem Auftrag nach den gleichen Kriterien wie im Privatrecht (vgl. für das Bundespersonalrecht BVer A-4779/2019 vom 16.3.2020 E. 3.2 mit Hinweis auf Peter Helbling, in Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Kommentar zum Bundespersonalgesetz, 2013, Art. 1 N. 52).

E. 3.4

Ein Arbeitsverhältnis bzw. ein Arbeitsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass Arbeit gegen Entgelt in einem Dauerschuldverhältnis geschuldet ist und in einer fremden Arbeitsorganisation und damit in einem Unterord- nungsverhältnis (Subordination) geleistet wird (Art. 319 Abs. 1 OR; zum pri- vatrechtlichen Arbeitsvertrag vgl. statt vieler BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.1 mit Hinweisen; Portmann/Rudolph, in Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, Art. 319 OR N. 1 ff.). Von anderen Verträgen auf Arbeitsleistung, na- mentlich vom Auftrag, unterscheidet sich der Arbeitsvertrag durch das Merk- mal der Subordination, mithin die rechtliche Unterordnung der angestellten Person in

persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht. Entscheidend ist mithin, dass diese in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert und in einem wesentlichen Ausmass der Weisungsbefugnis ihrer Vorgesetzten unterstellt ist (BGE 136 III 518 E. 4.4; darauf verweisend etwa BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.1 mit weiteren Hinweisen). Neben umfassenden Weisungs- und Kontrollbefugnissen der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers spricht für eine arbeitsvertragliche Eingliederung namentlich, wenn die oder der Arbeitsleistende geringe Freiheit in der Ausgestaltung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 11 der Arbeit geniesst, an vorgeschriebene Arbeitszeiten gebunden ist, einen Arbeitsplatz zugewiesen erhält, kein Unternehmerrisiko trägt, mit Arbeitsgeräten und Material ausgerüstet wird, rechenschaftspflichtig ist, regelmässige Lohnzahlungen empfängt, Ferien beziehen kann, vollzeitlich oder vorwiegend für nur eine Vertragspartnerin bzw. einen Vertragspartner tätig ist, eine Probezeit durchlaufen muss oder wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vorgesehen ist (vgl. BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3 mit Hinweisen; Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 319 OR N. 16; zu den Abgrenzungskriterien zwischen einem Arbeitsvertrag und einem öffentlich-rechtlichen Auftrag vgl. auch BGer 1C_252/2007 vom 5.3.2008 E. 5.2, 2A.658/2005 vom 28.6.2006 E. 2.1; BVR 2010 S. 180 E. 3.2.2 mit weiteren Hinweisen). Demgegenüber kennzeichnen den Auftrag die Treuepflicht der beauftragten Person, das besondere Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, der Persönlichkeitsbezug (etwa aufgrund fachlicher Qualitäten der beauftragten Person), die oft vorhandene inhaltliche Unbestimmtheit bzw. die Anpassung des Inhalts an die jeweiligen Umstände sowie die selbständige Stellung der beauftragten Person (Oser/Weber, in Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, Art. 394 OR N. 3 mit Hinweisen).

E. 3.5

Die Vorinstanz hat erwogen, die Parteien hätten ein (öffentlich-rechtliches) Auftragsverhältnis begründet. So sei kein schriftlicher Vertrag über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses erstellt und unterzeichnet worden, wie es Art. 11 PersR vorsehe. Weiter sei bereits aus dem Titel des Schreibens der GPK vom 1. Juli 2015 an den Appellanten («Auftrag / Sonderprüfung [...]») erkennbar, dass es dem Willen der Parteien entsprochen habe, das Vertragsverhältnis als Auftrag auszugestalten. Zwar habe sich der Appellant an Weisungen der GPK halten müssen, bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit habe er aber ein grosses Mass an Selbständigkeit genossen und dabei auf eigene Rechnung und Gefahr gehandelt. Der Appellant sei zudem aufgrund seiner fachlichen Eignung ausgewählt worden, das Mandat sei mithin persönlichkeitsbezogen vergeben worden. Eine betriebliche Eingliederung sei nicht erfolgt und die Tätigkeit des Appellanten sei auch nicht kontrolliert worden. Er sei nicht periodisch entlohnt worden und habe sich nicht an feste Arbeitszeiten halten oder eine Probezeit durchlaufen müssen. Auch eine Ferienregelung habe nicht bestanden und Arbeitsmaterial sei dem

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 12 Appellanten ebenfalls nicht zur Verfügung gestellt worden (angefochtenes Urteil E. 3.3 f.).

E. 3.6

Diese Erwägungen der Vorinstanz sind schlüssig. Der Appellant bringt nichts vor, was eine abweichende Beurteilung rechtfertigen würde. Zwar ist ihm beizupflichten, dass die

Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien für die Qualifikation nicht entscheidend ist (vorne E. 3.2). Es handelt sich dabei aber immerhin um ein Indiz dafür, dass die gewählte Bezeichnung mit allen ihren Konsequenzen dem Willen der Parteien entspricht (vgl. BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.4 mit Hinweis). Auch trifft zu, dass nicht bereits aufgrund des Fehlens eines formgültigen schriftlichen Vertrags auf ein Auftragsverhältnis geschlossen werden kann. Dennoch spricht der Umstand, dass sich die Parteien nicht einmal mündlich über die für ein Arbeitsverhältnis typischen Regelungen (etwa zu Arbeitsort, Funktion, Kündigungsfristen und -modalitäten, Beschäftigungsgrad, Gehaltsklasse und Gehaltsstufen, Sozialzulagen, Ansprüche bei Krankheit und Ferien und berufliche Vorsorge, vorne E. 3.4) verständigt haben, gegen die Annahme eines solchen. Daran ändert nichts, dass die GPK gegenüber dem Appellanten weisungsbefugt war, denn auch die beauftragte Person hat Weisungen der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers zu befolgen (vgl. Art. 397 OR). Die Vorgaben der GPK in Bezug auf die Durchführung der Sonderprüfung waren sehr offen und dem Appellanten kam bei der Ausübung seines Mandats ein grosser Gestaltungsspielraum zu (vorne E. 1.2.3 und E. 3.4). Er räumt denn auch ein, der Vertrag weise «auftragsähnlichen Charakter» auf und bezeichne sich in einer E-Mail an die Ratssekretärin und an die Mitglieder der GPK selbst als «Beauftragter» (Vorakten [act. 3B] pag. 489; hinten E. 5.7.3). Inwiefern der Vertrag daneben auch «dienstvertragliche Züge» tragen soll und daher «am ehesten» das öffentliche Dienstrecht beizuziehen sei, ist nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz hat mithin zu Recht auf das Vorliegen eines (öffentlich-rechtlichen) Auftragsverhältnisses geschlossen. Im Übrigen hätte der Appellant konsequenterweise nicht Klage erheben, sondern den Erlass einer Verfügung fordern müssen, wenn er tatsächlich der Meinung war, er befinde sich in einem Anstellungsverhältnis zur Gemeinde (vgl. Art. 58 Abs. 2 PersR; Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 6). Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass er offensichtlich auch keinen (objektiv überprüfbar) Arbeitserfolg schuldet, sondern lediglich (aber immerhin) ein sorgfälti-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 13 ges Tätigwerden im Interesse der Auftraggeberin, weshalb das Vertragsverhältnis (auch) nicht als Werkvertrag zu qualifizieren ist (vgl. zur Abgrenzung in Bezug auf die Erstellung von Rechtsgutachten BGE 127 III 328 E. 2c mit Hinweisen).

E. 4.1

Umstritten ist die Höhe der für den Auftrag geschuldeten Vergütung. Während Gemeinde und Vorinstanz den Standpunkt vertreten, die Parteien hätten sich auf ein Kostendach von Fr. 50'000.-- geeinigt (Appellationsantwort Rz. 63 ff.; angefochtenes Urteil E. 4.5 ff.), ist der Appellant der Ansicht, sie hätten keine Vereinbarung zur Höhe der Vergütung getroffen, womit das «übliche» Honorar geschuldet sei (Appellation S. 18). Nicht umstritten ist, dass die Gemeinde dem Appellanten bereits einen Betrag von insgesamt Fr. 50'000.-- bezahlt hat (angefochtenes Urteil E. 6.3; vgl. auch Klage Rz. 21, Vorakten [act. 3A] pag. 11). Unbestritten ist weiter, dass die Gemeinde den Appellanten mit zwei zusätzlichen Abklärungen bzw. kürzeren Stellungnahmen beauftragt hat (einerseits zu den mit Schreiben vom 7.9.2015 unter «2. Ergänzungen des bisherigen Auftrags» gestellten vier Fragen, hierzu Vorakten [act. 3A] pag. 204, andererseits zum Entwurf der Richtlinien über die Durchführung von Administrativuntersuchungen), die nicht unter den ursprünglich vereinbarten Auftragsinhalt fallen und daher von der Gemeinde im Umfang von Fr. 2'975.-- bzw. Fr. 2'625.-- separat zu vergüten sind (vgl. angefochtenes Urteil E. 5.4 und

7; Appellationsantwort Rz. 55, 57 und 90; vorne Bst. B; vgl. auch Klageantwort Rz. 83, Vorakten [act. 3A] pag. 170; Rechnungen vom 23.9.2016, Vorakten [act. 3A] pag. 73 f.). Strittig ist jedoch die Forderung des Appellanten von Fr. 79■266.90 zuzüglich Verzugszins von

E. 4.2

Mangels eigener Regelung des öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses im kantonalen Recht ist das Bundesprivatrecht als subsidiäres kantonales Ersatzrecht anwendbar (BGE 134 I 159 E. 3, 122 I 328 E. 1a/bb mit Hinweisen; VGE 2013/208 vom 10.9.2014 E. 4.2.1; vgl. auch Michel Daum, a.a.O., Art. 19 N. 94). Nach Art. 394 OR verpflichtet sich die beauftragte Person durch die Annahme eines Auftrags, die ihr übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Abs. 1). Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist (Abs. 3). Die Art und Höhe der Vergütung untersteht der Vertragsfreiheit. Die Parteien können das Honorar namentlich nach Zeitaufwand oder als Pauschale bestimmen (BGer 2C_314/2020 vom 3.7.2020 E. 4.2, das Anwaltshonorar betreffend). Bei einem Pauschalhonorar legen die Parteien die zu zahlende Vergütung im Voraus fest, ohne Rücksicht darauf, wieviel Arbeitsaufwand bei der Ausführung des Auftrags tatsächlich anfällt. Die beauftragte Person darf diesfalls im Grundsatz (vgl. zu den Ausnahmen hinten E. 5.2) auch dann keine Erhöhung der Vergütung fordern, wenn ihr mehr Arbeit angefallen ist, als ursprünglich geschätzt worden war. Umgekehrt hat die Auftraggeberin bzw. der Auftraggeber auch dann die volle Vergütung zu entrichten, wenn die Besorgung der aufgetragenen Geschäfte weniger Arbeit verursacht, als die Parteien erwartet haben (Walter Fellmann, in Berner Kommentar, 1992, Art. 394 OR N. 441 f.). Möglich ist auch die Vereinbarung eines Honorars nach Zeitaufwand in Kombination mit einem Kostendach, worunter in der Regel ein Maximal- bzw. Höchsthonorar verstanden wird. Die Parteien legen dabei einen Höchstpreis fest, der die Vergütungspflicht begrenzt, so dass die Auftraggeberin bzw. der Auftraggeber auch bei grösseren Arbeitsaufwendungen der beauftragten Person im Grundsatz (vgl. zu den Ausnahmen hinten E. 5.2) nicht mehr als den vereinbarten Betrag schuldet (vgl. BGer 4C.20/2003 vom 21.3.2003 E. 1.3; Walter Fellmann, a.a.O., Art. 394 OR N. 459; Egli/Stöckli, Das Planerhonorar, in Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Die Planerverträge, 2013, S. 307 ff., N. 7.21 f.; vgl. auch Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 1036, 1040).

E. 4.3

Die Höhe des Honorars kann ausdrücklich (d.h. schriftlich oder mündlich) oder stillschweigend vereinbart werden (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR; Walter Fellmann, a.a.O., Art. 394 OR N. 368 f., 427 ff.). Ob und in welcher Höhe eine Vergütung vereinbart wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln (BGer 4A_100/2008 vom 29.5.2008 E. 4.1); dabei ist in erster Linie der tat-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 15 sächliche und übereinstimmende Wille der Parteien festzustellen (vorne E. 3.2). Die subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, gegebenenfalls empirisch auf der Grundlage von Indizien. Indizien in diesem Sinn bilden nicht nur der Wortlaut der (mündlichen oder schriftlichen) Willenserklärungen, sondern alle Umstände, die Rückschlüsse auf den wirklichen Willen der Parteien erlauben, wie etwa Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses abgegeben wurden, der Vertragszweck oder die Interessenlage der Parteien (BGE 144 III 93 E. 5.2.2 f. mit Hinweisen [Pra 108/2019 Nr. 40], auch

zum Folgenden; Wolfgang Wiegand, in Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, Art. 18 OR N. 26 ff.). Massgeblich ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten kann berücksichtigt werden, wenn sich daraus Anhaltspunkte für den tatsächlichen Willen der Parteien ergeben (vgl. BGE 132 III 626 E. 3.1 mit Hinweisen; BGer 4A_441/2019 vom 9.12.2019 E. 2.5, 4A_615/2015 vom 19.5.2016 E. 5.1, 4A_278/2014 vom 18.9.2014 E. 4.1, die Vergütung im Auftragsverhältnis betreffend). Ist ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellbar, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vorne E. 3.2). Für öffentlich-rechtliche Verträge gilt zudem der Auslegungsgrundsatz, dass im Zweifelsfall zu vermuten ist, die Behörden hätten keine Vereinbarung treffen wollen, die mit den von ihnen zu wahren öffentlichen Interessen im Widerspruch steht, und dass sich die andere Vertragspartei darüber Rechenschaft gab (BGE 144 V 84 E. 6.2.1, 135 V 237 E. 3.6, 122 I 328 E. 4e; BGer 2C_1085/2019 vom 8.5.2020 E. 6.3.1).

E. 4.4

Die Vorinstanz hat erwogen, der Auftrag sei dem Appellanten gestützt auf den Beschluss des Stadtrats vom 26. Februar 2015 erteilt worden. Darin habe der Stadtrat für die externe Begleitung der Untersuchung einen Nachkredit mit einem Kostendach von Fr. 50'000.-- gewährt. Die Ratssekretärin habe dem Appellanten mit E-Mail vom 1. Juni 2015 den Bericht des Stadtratsbüros zugestellt, der den Beschluss enthalten habe; dies mit der Bemerkung, dass der Bericht die «wesentlichen Eckpunkte» des Auftrags beinhalte. Der Appellant habe denn auch in sämtlichen Versionen seines Berichts an die GPK auf den Beschluss des Stadtrats Bezug genommen und habe diesen wörtlich wiedergegeben. Dies lasse nur den Schluss zu, dass der Ap-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 16 pellant klare Kenntnis des gesprochenen Finanzrahmens gehabt habe und damit auch, dass ihm für die Vergütung seiner Arbeit ein Betrag von maximal Fr. 50'000.-- zur Verfügung stehe. Dass der Appellant selber von einer entsprechenden Kostenobergrenze ausgegangen sei, ergebe sich auch aus seinem Schreiben vom 27. September 2016 und der E-Mail vom 19. April 2017. Die Parteien hätten sich damit zumindest konkludent auf ein Kostendach von Fr. 50'000.-- geeinigt (angefochtenes Urteil E. 4.5 ff.). – Die Gemeinde teilt im Wesentlichen die Auffassung der Vorinstanz und weist zudem darauf hin, dass die Ratssekretärin den Appellanten auch bei einem Telefongespräch am 3. Juni 2015 auf das Kostendach hingewiesen habe, worauf der Appellant ausdrücklich erklärt habe, damit einverstanden zu sein und den Auftrag annehmen zu wollen. Überdies sei das Kostendach nochmals an der Besprechung vom 25. Juni 2015 mit sämtlichen Mitgliedern der GPK und dem Appellanten thematisiert worden, wobei sich dieser erneut damit einverstanden erklärt habe (vgl. Appellationsantwort Rz. 7 f., 65). – Demgegenüber ist der Appellant der Ansicht, dass weder im Schreiben vom 1. Juli 2015, mit welchem ihm die GPK den Auftrag erteilt, noch im Schreiben vom 7. September 2015, in dem sie den Auftrag ergänzt und präzisiert habe, eine «Kostenobergrenze» erwähnt worden sei. Eine solche könne auch nicht aus der E-Mail der Ratssekretärin vom 1. Juni 2015 und dem darin enthaltenen Verweis auf den Bericht des Stadtratsbüros abgeleitet werden. Ohne «jeden Hinweis auf die Kosten im Auftrag selbst» habe der Appellant davon ausgehen dürfen, dass der (Ausgaben-)Beschluss des Stadtrats nur «behördenintern wirksam» sei. Daran ändere nichts, dass er trotzdem versucht habe, den «Finanzrahmen gemäss Budget»

einzuhalten. Denn daraus dürfe nicht abgeleitet werden, dass dieser Finanzrahmen auch im Vertragsverhältnis gelte, entfalte doch ein Kreditbeschluss «ohne spezifische Vereinbarung» keine Aussenwirkung. Auch anlässlich des Telefongesprächs mit der Ratssekretärin und an der Besprechung mit den Mitgliedern der GPK sei er einzig auf den (lediglich behördenintern wirksamen) Kreditbeschluss hingewiesen worden. Zudem sei der Umfang der für den Auftrag anfallenden Arbeiten zu Beginn nicht abschätzbar gewesen. Er habe auch vor diesem Hintergrund nicht davon ausgehen müssen, dass er unabhängig vom Aufwand für die Untersuchung höchstens ein Honorar von Fr. 50'000.-- beanspruchen könne (vgl. Appellation S. 12 ff.; Replik S. 2 f.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 17

E. 4.5

Auszugehen ist grundsätzlich vom Vertragswortlaut (vorne E. 4.3). Die Parteien haben hier jedoch keine gegenseitig unterzeichnete schriftliche Vereinbarung abgeschlossen, in der sie Regelungen zur Frage der Vergütungshöhe getroffen hätten (vorne E. 2). Auch dem Schreiben vom 1. Juli 2015, mit dem die GPK dem Appellanten den Auftrag erteilte (Vorakten [act. 3A] pag. 19 f. bzw. 196 f.), und dem den Auftrag präzisierenden bzw. ergänzenden Schreiben vom 7. September 2015 (Vorakten [act. 3A] pag. 203 ff.) lässt sich hierzu nichts entnehmen. Anders als der Appellant anzunehmen scheint (vgl. Appellation S. 13), ist für die subjektive Auslegung des Vertragsinhalts jedoch nicht allein auf die Erklärungen der Parteien bei Vertragsschluss bzw. bei Auftragserteilung abzustellen. Zu berücksichtigen sind vielmehr sämtliche Umstände, die es ermöglichen, den tatsächlichen Parteiwillen zu ermitteln (vorne E. 4.3).

E. 4.6

Zur Entstehungsgeschichte und den Begleitumständen des Vertragsschlusses ergibt sich aus den Akten Folgendes: Am 29. Mai 2015 wandte sich die Ratssekretärin des Stadtrats per E-Mail an den Appellanten und erkundigte sich, ob er Interesse habe, ein Mandat der GPK für die «Betreuung und Beratung» bei einer Sonderprüfung zu übernehmen. Konkret seien die Durchführung und die Ergebnisse einer Administrativuntersuchung bei einer städtischen Direktion und die darauffolgende Kommunikation näher zu untersuchen und darüber Bericht zu erstatten. Gegebenenfalls seien auch sich daraus ergebende weitere Aufträge zu begleiten (vgl. Vorakten [act. 3A] pag. 189). Nachdem der Appellant am 30. Mai 2015 erklärt hatte, er sei grundsätzlich am Auftrag interessiert und um Einzelheiten zum Mandat («Thema» und «zeitliche Vorstellungen») gebeten hatte, liess ihm die Ratssekretärin mit E-Mail vom 1. Juni 2015 den Bericht des Stadtratsbüros vom 20. Januar 2015 mit dem Hinweis zukommen, dieser enthalte die «wesentlichen Eckpunkte für die anstehende Sonderprüfung» (vgl. Vorakten [act. 3A] pag. 188). Dem besagten Bericht lässt sich nebst Ausführungen zu Ausgangslage, rechtlichen Grundlagen und einer Würdigung der Umstände durch das Stadtratsbüro unter Ziff. 5 «Auftrag» Folgendes entnehmen (Vorakten [act. 3A] pag. 192): Angesichts der «rechtlichen Komplexität des zu bewertenden Sachverhalts» gehe das Stadtratsbüro davon aus, dass die Kommission «eine externe Rechtsexpertin oder einen externen Rechts-Experten beiziehen» müsse. Die Kosten für ein solches Mandat seien vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 18 Stadtrat als Auftraggeber zu übernehmen und über die «Rechnung 2015,

Kostenstelle 18000.31800000» abzurechnen. Das «hierfür auf der Kosten- stelle vorgesehene Budget» reiche aber «aller Voraussicht nach nicht aus», um eine solche «Zusatzausgabe» zu tätigen, weshalb das Stadtratsbüro dem Stadtrat «zusätzlich» beantrage, einen «Nachkredit in der Höhe von CHF 50■000.-- zu genehmigen». Der Bericht enthält weiter den Beschluss- entwurf, den der Stadtrat am 26. Februar 2015 unverändert genehmigt hatte (vgl. Vorakten [act. 3A] pag. 183). Der Beschluss lautet – soweit hier interes- sierend – wie folgt (Vorakten [act. 3A] pag. 183, 193): «1. [...] 2. Die GPK wird im Rahmen einer Sonderprüfung beauftragt, die Ereig- nisse rund um die Einleitung, Durchführung und Auswertung der Ad- ministrativuntersuchung in der Direktion B._____ sowie die im Nachgang dazu erfolgte Kommunikation zu überprüfen und dem Stadtrat [...] Bericht zu erstatten. 3. Für den für die externe Begleitung der Untersuchung notwendigen Nachkredit wird ein Kostendach von CHF 50■000.00 zugunsten der Kostenstelle 18000.31800000 gewährt. 4. [...]» Unbestritten ist weiter, dass die Ratssekretärin den Appellanten im An- schluss an die erwähnte E-Mail-Korrespondenz am 3. Juni 2015 telefonisch kontaktierte. Ebenfalls unbestritten ist, dass am 25. Juni 2015 eine Sitzung stattfand, an der neben dem Appellanten sämtliche (damaligen) Mitglieder der GPK teilnahmen (vgl. Appellationsantwort Rz. 7 f. und Replik S. 2, wo der Appellant auf diese Kontakte Bezug nimmt, jeweils auch zum Folgen- den). Über den Inhalt des Telefonats und der Sitzung sind jedoch keine Auf- zeichnungen aktenkundig. Die Gemeinde bringt vor, der Appellant sei an bei- den Gesprächen auf das Kostendach von Fr. 50■000.-- hingewiesen worden und habe sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt. Der Appellant wen- det dagegen ein, er sei lediglich über «ein Budget in Kenntnis gesetzt» wor- den, ein Kostendach sei mit ihm nicht vereinbart worden.

E. 4.7

Der Appellant war ohne Zweifel darüber informiert, dass der Stadtrat mit Ausgabenbeschluss vom 26. Februar 2015 für die externe Begleitung der Untersuchung einen Nachkredit von Fr. 50■000.-- als «Kostendach» gespro- chen hatte. Umstritten ist aber, ob sich die Parteien (auch) im Vertrags- verhältnis auf ein Kostendach von Fr. 50■000.-- geeinigt haben bzw. ob der Appellant einem solchen zumindest konkludent zugestimmt hat. Zunächst

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 19 leuchtet nicht ein, weshalb die Ratssekretärin, als sie mit E-Mail vom 1. Juni 2015 bezüglich der «wesentlichen Eckpunkte für die anstehende Sonderprü- fung» auf den Bericht des Stadtratsbüros verwies, nur auf die darin enthal- tenen Ausführungen zum Auftragsinhalt Bezug genommen haben sollte (so aber Appellation S. 13). Im Gegenteil drängt sich der Schluss auf, dass sie dabei insbesondere den Ausgabenbeschluss angesprochen hat, um den Ap- pellanten auf den Finanzierungsrahmen des Auftrags hinzuweisen. Auch wenn nicht belegt ist, was im Einzelnen am Telefongespräch vom 3. Juni 2015 und an der Sitzung vom 25. Juni 2015 besprochen wurde, bestreitet der Appellant nicht, dass er an beiden Gesprächen erneut auf das «Budget» bzw. auf den «Kreditbeschluss des Stadtrats» aufmerksam gemacht wurde (Replik S. 2; E. 4.6 hiervor). Soweit er in diesem Zusammenhang vorbringt, er sei lediglich von einer «interne[n] Budgetobergrenze» ohne Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis ausgegangen (vgl. Appellation S. 13), denn als «Staatsrechtler» habe er gewusst, dass der Kreditbeschluss «keine Aussen- bindung» entfalte (Replik S. 2), erscheinen diese Vorbringen konstruiert und wenig glaubhaft. So ist nicht nachvollziehbar, weshalb ihn die Gemeinde vor Auftragserteilung dreimal auf den

Kreditbeschluss des Stadtrats hinweisen sollte, wenn sie damit nicht auch im Verhältnis zum Appellanten Wirkungen angestrebt hätte. Durch den wiederholten Hinweis brachte sie vielmehr klar zum Ausdruck, dass es sich bei der Einhaltung des für die externe Begleitung vorgesehenen und bewilligten Kreditrahmens um einen für den Vertragsabschluss zentralen Aspekt handelte, was dem Appellanten bewusst war (vgl. auch hinten E. 4.10). Gerade aufgrund seiner besonderen Kenntnisse des Finanzhaushaltsrechts wusste er auch, dass er sich in einem kostensen-siblen Umfeld bewegte, da der finanzielle Handlungsspielraum der GPK für die durchzuführende Sonderprüfung begrenzt war, müsste doch bei einem allfälligen Überschreiten des verfügbaren Kredits vor Eingehen weiterer Verbindlichkeiten jeweils (erneut) ein Nachkredit beantragt werden (vgl. Art. 112 Abs. 1 und 2 der Gemeindeverordnung vom 16. Dezember 1998 [GV; BSG 170.111]; Art. 5 der Finanzordnung der Stadt Biel vom 20. November 1996 [SGR 6.2-1]). Das Gesagte gilt umso mehr, als Gegenstand der fraglichen Sonderprüfung eine bereits erfolgte Administrativuntersuchung bildete, für welche die Gemeinde bereits etliche Ressourcen eingesetzt hatte. Ihr Interesse daran, die Kosten für die (erneute) Untersuchung in Grenzen zu halten, war offensichtlich. Hätte der Appellant bereits damals den inneren Vor-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 20 behalt gehabt, nicht an den bewilligten Kreditrahmen gebunden zu sein, da dieser lediglich «behördenintern wirksam» sei, wäre er insbesondere nach Vertrauensgrundsätzen gehalten gewesen, dies spätestens an der Sitzung mit der GPK kundzutun. Gegen das Vorliegen einer solchen inneren Distanzierung spricht aber auch das Verhalten des Appellanten nach dem Vertragsabschluss. So wäre nahegelegen, dass er seiner Auffassung entsprechend den Aufwand laufend detailliert erfasst, um diesen später einwandfrei belegen zu können. Zwar wäre eine laufende Zeiterfassung auch bei einem Kostendach zu erwarten gewesen. Ein Verzicht darauf ist aber – anders als bei einer in der Höhe nicht begrenzten Entschädigung für den tatsächlichen Zeitaufwand – insbesondere dann nachvollziehbar, wenn die auftragnehmende Partei davon ausgeht, dass das Kostendach in etwa eingehalten bzw. ausgeschöpft wird. Der Appellant hat weder die Gemeinde auf die angeblich fehlende «Aussenwirkung» des Kreditbeschlusses aufmerksam gemacht, noch über seinen Aufwand Buch geführt. Beides kann nicht anders interpretiert werden, als dass er das Verständnis der Gemeinde geteilt hat, wonach der vom Stadtrat gewährte Kredit auch im Auftragsverhältnis die massgebliche Kostengrenze bilden sollte. Davon ist er erst abgewichen, als sich nachträglich herausstellte, dass ihm für die Sonderprüfung erheblich mehr Aufwand angefallen war, als er ursprünglich erwartet hatte (vgl. auch hinten E. 4.10).

E. 4.8

Der Appellant bringt weiter vor, selbst wenn für die Vergütungshöhe im Auftragsverhältnis auf den Kreditbeschluss des Stadtrats abgestellt würde, ergäbe sich daraus keine feste Kostenobergrenze. Das Stadtratsbüro habe in seinem Bericht festgehalten, es bestehe bereits eine Kostenstelle, die nun aber mit dem beantragten Nachkredit «aufzustocken» sei (vgl. Appellation S. 15). In Ziff. 3 seines Beschlusses bewilligte der Stadtrat für die «externe Begleitung der Untersuchung» ein «Kostendach von CHF 50'000.00» als «Nachkredit». Ein Nachkredit wird beschlossen, wenn ein verfügbarer Kredit nicht ausreicht, um die damit bezweckte Aufgabe zu erfüllen (E. 4.7 hiervor). Dementsprechend wird im Bericht des Stadtratsbüros unter Ziff. 5 «Auftrag» ausgeführt, das für den Beizug des externen Rechtsexperten «auf der Kostenstelle vorgesehene Budget» reiche «aller Voraussicht nach» nicht aus, weshalb das Stadtratsbüro dem Stadtrat «zusätzlich»

beantrage, einen Nachkredit in der Höhe von Fr. 50'000.-- zu genehmigen (Vorakten [act. 3A] pag. 192; vorne E. 4.6). Insofern trifft zu, dass

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 21 allein gestützt auf den Bericht und den Stadtratsbeschluss nicht ohne weiteres klar ist, ob für den Auftrag nebst dem als «Kostendach» bewilligten Nachkredit von Fr. 50'000.-- noch zusätzliche Gelder zur Verfügung standen. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, ergibt sich aber aus dem Verhalten und den Erklärungen des Appellanten nach Auftragserteilung, dass er selber von einer Kostenobergrenze von Fr. 50'000.-- ausgegangen ist.

E. 4.9

Nachträgliches Parteiverhalten kann berücksichtigt werden, wenn es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulässt (vorne E. 4.3). Unbestritten ist, dass der Appellant der Gemeinde am 1. Dezember 2015 eine erste Akontorechnung über Fr. 10'000.-- stellte (vgl. angefochtenes Urteil Sachverhalt Ziff. 8 und E. 6.3). Am 27. September 2016 und damit erst nach Abschluss der Sonderprüfung liess er der Gemeinde drei weitere Teilrechnungen (datierend vom 23.9.2016) zukommen (Vorakten [act. 3A] pag. 72 ff.). Diese betrafen einerseits zwei von der Gemeinde in Auftrag gegebene zusätzliche Abklärungen (die unstreitig separat zu vergüten sind, vorne E. 4.1), andererseits die Arbeiten der Hilfsperson, die der Appellant für die Ausführung des (Haupt-)Auftrags beigezogen hatte. Im Begleitschreiben vom 27. September 2016 hielt er Folgendes fest (Vorakten [act. 3A] pag. 350): «Ich gestatte mir, Ihnen hiermit drei Teilrechnungen vorzulegen. Die grosse Rechnung über meine eigene Arbeit gemäss dem Auftrag vom Sommer 2015 steht noch aus. Auf diese letzte Rechnung werde ich dann auch die Akonto-Zahlung über CHF 10'000.-- anrechnen. Ich hoffe, dass ich Ihnen diese letzte Teilrechnung bald schicken kann. Der Finanzrahmen wird sicherlich eingehalten.» Aktenkundig ist weiter, dass sich der Appellant rund sieben Monate später, am 19. April 2017, per E-Mail an die Ratssekretärin wandte. Darin führte er unter anderem Folgendes aus (Vorakten [act. 3A] pag. 356): «[...] im Fall der Sonderprüfung in Biel von 2015/16 fällt mir das Rechnung Stellen besonders schwer, weil ich an sich weit über den Budgetrahmen hinauskomme. [...] Wie ich es drehe und wie ich auch Abstriche mache, ich komme auf eine Arbeit von einiges über 300 Stunden. Damit würden wir das Budget enorm überschreiten. Selbstverständlich bin ich zu einem gewissen Verzicht bereit!»

E. 4.10

Der Appellant bezieht sich in beiden zitierten Passagen jeweils auf den «Finanzrahmen», den «Budgetrahmen» und das «Budget». Auch wenn er die Kostengrenze nicht ausdrücklich beziffert, macht seine Äusserung,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 22 dass «der Finanzrahmen [...] sicherlich eingehalten» werde, offensichtlich nur dann Sinn, wenn er dabei einen bestimmten (Höchst-)Betrag vor Augen hatte, den er – wie er selber zusicherte – nicht überschreiten werde. Dabei kommt einzig der als «Kostendach» gesprochene Betrag von Fr. 50'000.-- in Frage. Jedenfalls bestehen keinerlei Anhaltspunkte und bringt der Appellant nicht vor, dass die Parteien jemals auf einen anderen Betrag Bezug genommen hätten. Obwohl der Kreditbeschluss des Stadtrats und der Bericht des Stadtratsbüros hinsichtlich der Kostenobergrenze nicht eindeutig formuliert sind, steht damit fest, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass für

die externe Begleitung der Sonderprüfung ein Höchst- betrag bzw. ein «Budget» von Fr. 50■000.-- vorgesehen war. Wäre der Ap- pellant hingegen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Meinung gewe- sen, zum Betrag von Fr. 50■000.-- kämen weitere, unter der betreffenden Kostenstelle vorhandene Mittel hinzu, hätte er sich nach der gesamten Höhe des «Finanzrahmens» erkundigen müssen. Er macht jedoch weder in Bezug auf das Telefongespräch mit der Ratssekretärin noch die Besprechung mit den Mitgliedern der GPK, wo das «Budget» unstreitig (erneut) zur Sprache gekommen ist, geltend, es hätten über die Höhe der Kostengrenze (weiter- hin) Unklarheiten bestanden. Soweit er ferner argumentiert, aus seinem «Be- mühen», den Finanzrahmen einzuhalten, könne nicht abgeleitet werden, dass dieser «im Vertragsverhältnis gelten würde» und (auch in diesem Zu- sammenhang) vorbringt, es handle sich bloss um «interne Budgetvorgaben» bzw. «Planungszahlen der öffentlichen Hand» (Appellation S. 13 f.), kann ihm nicht gefolgt werden. Wie Gemeinde und Vorinstanz zu Recht ausführen (Appellationsantwort Rz. 69; angefochtenes Urteil E. 4.7 f.), zeigt sich in den zitierten Passagen vielmehr deutlich, dass sich der Appellant darüber im Kla- ren war, dass er den bewilligten Kreditrahmen nicht überschreiten durfte, an- sonsten er sich nicht von sich aus auf den «Finanzrahmen» berufen und im Begleitschreiben vom 27. September 2016 nicht zusätzlich versichert hätte, diesen einzuhalten.

E. 4.11

Zusammengefasst ergibt sich gestützt auf das Erwogene Folgendes: Die Parteien haben zwar keine schriftliche Vereinbarung geschlossen, aus der sich ein Kostendach von Fr. 50■000.-- ergäbe. Auch wird ein solches in der schriftlichen Auftragserteilung vom 1. Juli 2015 nicht erwähnt. Für die Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens sind jedoch sämtliche Begleitum-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 23 stände des Vertragsschlusses und auch das nachträgliche Parteiverhalten zu berücksichtigen. Es steht fest, dass der Appellant noch vor Auftragsertei- lung dreimal auf den Kreditbeschluss des Stadtrats, mit dem dieser für die externe Begleitung der Sonderprüfung ein «Kostendach von CHF 50■000.--» bewilligt hatte, hingewiesen wurde. Die Gemeinde brachte hierdurch klar zum Ausdruck, dass sie dem Kreditbeschluss nicht bloss eine behörden- interne Wirkung zuerkannte, sondern in der Einhaltung des damit bewilligten Kreditrahmens einen wesentlichen Bestandteil des Auftrags erblickte. Dass dem Appellanten dies bewusst war, zeigt sich an seinen schriftlichen Äusse- rungen im Zusammenhang mit der Rechnungsstellung, in denen er von sich aus auf den «Finanzrahmen» bzw. «Budgetrahmen» Bezug nimmt und ver- sichert, diesen einzuhalten. Vor diesem Hintergrund erscheint der Einwand des Appellanten, er sei lediglich von einer «internen Budgetobergrenze» ohne Auswirkungen auf das Auftragsverhältnis ausgegangen, nachgescho- ben und nicht überzeugend. Wäre das der Fall gewesen und hätte er diese Auffassung wie behauptet bereits vor Auftragserteilung vertreten, wäre zu erwarten gewesen, dass er spätestens an der Sitzung mit sämtlichen Mitglie- dern der GPK, an der er unstreitig (ein drittes Mal) auf den Kreditbeschluss des Stadtrats hingewiesen wurde, reagiert und seine (abweichende) Rechts- auffassung mitgeteilt hätte. Zudem ist davon auszugehen, dass er seinen Aufwand bereits vom Mandatsbeginn an laufend detailliert festgehalten hätte. Dass er hingegen nichts dergleichen unternahm, kann nur dahin- gehend verstanden werden, dass er zu diesem Zeitpunkt selber von einem (auch) im Auftragsverhältnis verbindlichen Kostendach ausging. Von diesem gemeinsamen

Verständnis rückte er erst ab, als ihm bei der Rechnungsstellung für den Hauptauftrag bewusst wurde, dass er für das Mandat bedeutend mehr Aufwand betrieben hatte als ursprünglich erwartet. Nach dem Gesagten ergibt die subjektive Auslegung gestützt auf die Begleitumstände des Vertragsschlusses und das nachträgliche Parteiverhalten, dass die Parteien im massgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vorne E. 4.3) bzw. bei Auftragserteilung übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass die Vergütungspflicht der Gemeinde durch ein Kostendach von Fr. 50'000.-- begrenzt sein sollte. Es ist dementsprechend von einem übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen auszugehen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 24

E. 4.12

Der Appellant macht schliesslich geltend, seine eigenen Spesen sowie die Spesen und der «Lohn» der Mitarbeiterin, die er für die Sonderprüfung habe beziehen müssen, seien gestützt auf Art. 402 Abs. 1 OR zusätzlich zum Honorar zu vergüten (Appellation S. 19). Im vorinstanzlichen Verfahren hat er zwei Rechnungen eingereicht, in welchen er für die Arbeit seiner Mitarbeiterin insgesamt Fr. 12'704.50 (Rechnung vom 23.9.2016, Vorakten [act. 3A] pag. 72) sowie für eigene Auslagen («Aufwand Reisen und Büroaufwand») insgesamt Fr. 4'212.40 (Abrechnung vom 20.12.2017, Vorakten [act. 3A] pag. 131 f.) verlangte. – Die Gemeinde ist demgegenüber der Ansicht, diese Kosten seien im Kostendach enthalten. Für sie sei von Beginn weg entscheidend gewesen, dass die Kosten für den Auftrag den Betrag von Fr. 50'000.-- nicht übersteigen, was sie dem Appellanten ausdrücklich mitgeteilt habe (Appellationsantwort Rz. 89).

E. 4.12.1

Nach Art. 402 Abs. 1 OR hat die Auftraggeberin bzw. der Auftraggeber der beauftragten Person die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen. Ein Anspruch auf Ersatz besteht nur für Auslagen, die in richtiger Ausführung des Auftrags entstanden sind. Ein sorgfältiges Tätigwerden setzt neben der Befolgung von Weisungen auch voraus, dass nur ein objektiv sinnvoller Aufwand betrieben wird und unnötige Kosten vermieden werden (Oser/Weber, a.a.O., Art. 402 OR N. 6 mit Verweis auf BGE 110 II 283 E. 2 f.). Die Abgrenzung der Auslagen von den im Honorar einkalkulierten Generalunkosten kann im Einzelfall schwierig sein. Keine Auslagen im Sinn von Art. 402 Abs. 1 OR, sondern bei der Bestimmung des Honorars zu berücksichtigende Generalunkosten stellen beispielsweise Lohnkosten sowie Mietkosten für Büroräumlichkeiten dar (Oser/Weber, a.a.O., Art. 402 OR N. 5; Walter Fellmann, a.a.O., Art. 402 OR N. 26 ff.). Art. 402 Abs. 1 OR ist dispositiver Natur und lässt Raum für eine abweichende vertragliche Regelung (BGer 4A_429/2014 vom 20.7.2015 E. 6.2.5, 4C.17/2003 vom 28.1.2004 E. 3.3.1 mit Hinweisen; zum Ganzen BGer 6B_446/2010 vom 14.10.2010 E. 4.3.1 f.). Ob in einem vereinbarten Maximalhonorar auch die Auslagen und Verwendungen enthalten sind, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. Walter Fellmann, a.a.O., Art. 394 OR N. 447; Egli/Stöckli, a.a.O., N. 7.16; beide in Bezug auf das Pauschalhonorar).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 25

E. 4.12.2

Die Parteien haben für die Ausführung des Auftrags ein Kostendach von Fr. 50'000.-- vereinbart (vorne E. 4.11). Dabei handelt es sich um eine verbindliche Kostenobergrenze, die es den Parteien ermöglichen soll, die maximale Höhe der anfallenden Kosten abzuschätzen. Zu diesen Kosten zählen grundsätzlich auch die Auslagen und Verwendungen der beauftragten Person. Wie dargelegt handelte es sich bei der Einhaltung des für die externe Begleitung vorgesehenen und vom Stadtrat bewilligten Kreditrahmens um einen für den Vertragsschluss zentralen Aspekt, was die Gemeinde gegenüber dem Appellanten auch mehrmals zum Ausdruck brachte (vorne E. 4.7). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass mit dem vereinbarten Höchsthonorar auch die Auslagen und Verwendungen abgegolten sein sollten und daher kein darüber hinausgehender Anspruch auf deren Ersatz besteht, und zwar unabhängig davon, ob der Appellant den Auftrag alleine ausführte oder hierzu eine weitere Person beizog. Aber selbst wenn dies anders zu beurteilen wäre, stünde dem Appellanten hier kein (zusätzlicher) Anspruch auf Auslagen- und Verwendungsersatz zu. Für einen solchen hätte er aufzeigen müssen, dass die geltend gemachten Auslagen und Verwendungen in richtiger Ausführung des Auftrags entstanden sind, mithin zum Zweck der Auftragsausführung erbracht wurden und objektiv erforderlich waren (E. 4.12.1 hiervor; Walter Fellmann, a.a.O., Art. 402 OR N. 39 ff.). Dass diese Voraussetzungen hier erfüllt sein könnten, legt der Appellant jedoch nicht ansatzweise dar, noch belegt er die vorgebrachten Kosten. Auch auf der Grundlage der von ihm vor der Vorinstanz eingereichten Rechnungen lässt sich nicht beurteilen, ob und in welchem Zusammenhang die Auslagen angefallen sind und ob sie für die Auftragsausführung erforderlich waren, wobei Letzteres insbesondere angesichts der Höhe der für die Mitarbeiterin geltend gemachten Auslagen zumindest erklärungsbedürftig wäre. Soweit der Appellant die entsprechenden Aufwendungen selber als «Lohn» bezeichnet, hätte er aufzeigen müssen, weshalb es sich dabei nicht um Generalunkosten handelt, die ohnehin bereits im Honorar enthalten wären (E. 4.12.1 hiervor). Dasselbe gilt für die in den Rechnungen enthaltenen «Overheadkosten», welche offenbar für die Benutzung der Infrastruktur der Universität ... anfielen.

E. 4.13

Dem Appellanten steht nach dem Gesagten (vorbehältlich allfälliger nicht im Rahmen des ursprünglich vereinbarten Auftragsinhalts erbrachter

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 26 Zusatzleistungen, dazu E. 5 hiernach) für seine Arbeiten kein über den von der Gemeinde bereits bezahlten Betrag von Fr. 50'000.-- hinausgehender Honoraranspruch zu. Die Appellation erweist sich im Hauptantrag als un begründet. Im Übrigen wäre ohnehin fraglich, ob die (weit) über ein Jahr nach Abschluss des Auftrags offenbar aus dem Gedächtnis erstellte Auflistung (Vorakten [act. 3A] pag. 104 ff.) den für die Arbeiten geltend gemachten Zeitaufwand hinreichend zu belegen vermöchte.

E. 5

Mit seinem Eventualantrag verlangt der Appellant, «bei gültiger Vereinbarung einer Kostenobergrenze» sei die EG Biel zu verpflichten, ihm (zusätzlich zu den unbestrittenen Fr. 55'600.--) einen Betrag von Fr. 54'600.-- (zuzüglich Verzugszins) zu bezahlen (vorne Bst. C).

E. 5.1

Er begründet dies damit, dass die nach dem 30. November 2015 auf Wunsch der GPK durchgeführten Befragungen von drei weiteren Gemeinderatsmitgliedern, die (Zweit-)Befragung des Stadtpräsidenten sowie drei weiterer Personen und die damit einhergehende Anpassung seines Berichts an die GPK nicht mehr Teil des ursprünglichen Auftrags gewesen seien (Appellation S. 6 f., 14 f., 19 ff.). Dasselbe gelte für seine Arbeit «in fachlicher Unterstützung der GPK» in der «Auseinandersetzung mit der Exekutive» und für diverse Zusatzarbeiten nach Abgabe seines (endgültigen) Berichts (Appellation S. 7 ff., 12, 14, 21 ff., auch zum Folgenden). Er habe voraussetzen dürfen, dass dies der GPK bekannt war bzw. diese habe selbst erkennen müssen, dass sie mit diesen «Weiterungen» ihren Finanzrahmen überschreite. Nach Treu und Glauben habe er annehmen dürfen, dass der entsprechende Aufwand (zusätzlich) entschädigt würde. Insgesamt sei ihm für diese «Zusatzarbeiten» ein Zeitaufwand von (mindestens) 156 Stunden angefallen. Bei einem angemessenen Stundenansatz von Fr. 350.-- ergäbe dies eine zusätzliche Honorarforderung von Fr. 54'600.-- (Appellation S. 19 ff.). – Die Gemeinde vertritt dagegen den Standpunkt, die Befragungen seien Teil des ursprünglichen Auftrags und somit vom Kostendach gedeckt gewesen. Der Appellant habe die GPK denn auch nicht darauf hingewiesen, dass das Kostendach allenfalls nicht ausreiche, zumal er nach Beendigung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 27 des Auftrags selber davon ausgegangen sei, dass er den Finanzrahmen einhalten werde (Appellationsantwort Rz. 29, 70, 76). Jedoch habe die GPK den Appellanten «nie damit beauftragt, mit dem Stadtpräsidenten und der Stadtschreiberin eine Auseinandersetzung über die Sonderprüfung zu führen» und es sei von ihm entgegen seiner Behauptung auch nie die «Mithilfe in einer komplexen Streitschlichtung» verlangt worden. Der Appellant sei hier vielmehr von sich aus tätig geworden, teilweise entgegen der ausdrücklichen Weisung der GPK. So sei seine an den Gemeinderat gerichtete «Replik» «weder nötig noch verlangt» gewesen. Dem Appellanten sei es dabei nicht mehr um die Erfüllung seines Auftrags, sondern um «seinen eigenen Ruf» gegangen (Appellationsantwort Rz. 30 ff., 40 f., 62).

E. 5.2

Haben die Parteien die Vergütungspflicht durch ein Kostendach begrenzt, so schuldet die Auftragsgeberin bzw. der Auftraggeber auch bei grösseren Arbeitsaufwendungen der beauftragten Person grundsätzlich nicht mehr als den vereinbarten (Höchst-)Betrag (vorher E. 4.2). Vorbehalten bleibt der Fall, dass der Mehraufwand auf einer Änderung des ursprünglich vereinbarten, vom Kostendach erfassten Leistungsinhalts beruht, indem die beauftragte Person zu zusätzlichen oder anderen Leistungen verpflichtet wird. Diesfalls hat die beauftragte Person in der Regel Anspruch auf eine entsprechende Erhöhung des Honorars. Welche Leistungen unter das vereinbarte Kostendach fallen, ergibt sich durch Auslegung des konkreten Vertrags (Walter Fellmann, a.a.O., Art. 394 N. 443 in Bezug auf das Pauschalhonorar; Egli/Stöckli, a.a.O., N. 7.15, 7.26, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Peter Gauch, a.a.O., N. 905 f. und 1036). Haben die Parteien die von der beauftragten Person zu erbringenden Leistungen nicht im Einzelnen festgelegt, sondern sich lediglich über den Auftragszweck geeinigt, so ergibt sich der Umfang des Auftrags nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts (Art. 396 Abs. 1 OR). Es soll die Arbeit geleistet werden, die zur Erreichung des angestrebten Zwecks erforderlich ist (BGer 4C.80/2005 vom 11.8.2005 E. 2.1.1, auch zum Folgenden; Walter Fellmann, a.a.O., Art. 396 N. 9 f., 25 ff., 35 f.; Oser/Weber, a.a.O., Art. 396 OR N. 3). Die in Art. 396 Abs. 1 OR enthaltene

Auslegungsregel erhält ihre Bedeutung insbesondere im Zusammenhang mit der Honorarforderung der beauftragten Person, soweit ihr die Auftraggeberin bzw. der Auftraggeber entgegenhält, sie habe mehr Aufwand betrieben, als zur Vertragserfüllung erforderlich gewesen wäre. Unnötiger

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 28 Aufwand ist nicht zu vergüten (vgl. BGE 134 I 159 E. 4.4, die Honorarforderung eines Gerichtsgutachters betreffend, 117 II 282 E. 4c; BGer 4A_380/2016 vom 1.11.2016 E. 3.3.3 mit Hinweis auf BGE 111 II 72 [BGer C.418/1984 vom 8.5.1984] nicht publ. E. 4 [Pra 1985 Nr. 179]; Egli/Stöckli, a.a.O., N. 7.27).

E. 5.3

Die Parteien sind sich einig, dass hinsichtlich Auftragsinhalt bzw. -umfang vom Schreiben der GPK vom 1. Juli 2015 auszugehen ist (vgl. Appellation S. 12; Appellationsantwort Rz. 10, 53 f.). Diesem lässt sich Folgendes entnehmen (Vorakten [act. 3A] pag. 19 f. und 196 f.): Ziel der Sonderprüfung sei es, «die Einleitung, Durchführung und die Konsequenzen aus der Administrativuntersuchung bei der Direktion B. _____ gemäss Bericht (Bericht ...) vom 17. Oktober 2014 sowie die daran anschliessende Kommunikation genauer abzuklären». Unter dem Titel «Umschreibung des Auftrages» wird weiter Folgendes ausgeführt: «Aufgrund dieses Sachverhalts und nach erfolgter Besprechung mit der Gesamt-GPK am 25. Juni 2015 erteilt Ihnen die GPK hiermit in einem ersten Schritt den Auftrag: • zu prüfen, ob die Einleitung der Administrativuntersuchung bei der B. _____ aufgrund der vorhandenen Hinweise und Informationen gerechtfertigt war; • zu prüfen, ob die Durchführung und der Rahmen der Untersuchung sowie die Handhabung der erhaltenen Informationen regelkonform erfolgten und umfassend im Bericht ... berücksichtigt und wiedergegeben wurden; • zu prüfen, ob die auf den Bericht ... erfolgte Kommunikation sowie insbesondere die aufgrund des Berichts gezogenen Konsequenzen des Gemeinderates den in diesem Bericht angeführten Erkenntnissen und Empfehlungen in gebührender Weise Rechnung tragen und • der GPK dazu so bald als möglich, spätestens aber anfangs August 2015 schriftlich und nach Bedarf mündlich Bericht zu erstatten.» Grundlage der Sonderprüfung bildeten die «gemeinderätlichen Unterlagen der Administrativuntersuchung», die Fragen gemäss der Motion, aufgrund welcher der Stadtrat die GPK mit der Durchführung der Sonderprüfung beauftragt hatte sowie die Medienberichterstattung. Ferner wird festgehalten, wenn die Sonderprüfung «Beanstandungen oder Missstände zutage fördern» sollte, «welche die Aufsichtsfunktion der GPK über den Gemeinderat oder die Verwaltung tangieren», behalte sich die GPK darüber hinaus vor, «in einem zweiten Schritt» und in Absprache mit dem Appellanten «einen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 29 weiter gehenden Prüfauftrag und/oder Empfehlungen zu veranlassen». Die GPK bleibe «zuständig für die Berichterstattung an den Stadtrat sowie die Präzisierung des Auftrages und dessen Erweiterung». Auch sei es Sache der GPK «sich aus der Sonderprüfung eventuell aufdrängende Massnahmen einzuleiten».

E. 5.4

Am 13. August 2015 liess der Appellant der GPK einen (vierseitigen) «Zwischenbericht» zukommen (Vorakten [act. 3A] pag. 21 ff.). Darin informierte er unter anderem darüber, dass ihm noch «einige wenige Unterlagen» fehlen würden und zudem noch gewisse Fragen

«mündlich» zu beantworten seien. Er sei der GPK dankbar, wenn sie seine Einschätzung «kritisch prüfen» und ihm ihre «Wünsche oder Fragen» mitteile. Hierauf liess die GPK dem Appellanten mit Schreiben vom 7. September 2015 unter Ziff. 1 sechs «ergänzende Fragen zum Zwischenbericht» zukommen. Diese lauteten wie folgt (Vorakten [act. 3A] pag. 203 f.): « a) War das sofortige Einleiten einer Administrativuntersuchung aufgrund des Schreibens des Personalverbandes vom 30. Juni 2014 gerechtfertigt? Welche alternativen Handlungsinstrumente hätte der Gemeinderat ergreifen können oder allenfalls schon vorher ergreifen müssen? b) Der Auslöser für die Administrativuntersuchung waren hauptsächlich Konflikte auf der persönlichen Ebene. War Fürsprecher ... die richtige Person für eine derartige Untersuchung? Hätte Fürsprecher ... die Untersuchung anders durchführen können oder müssen? c) Hätte der Gemeinderat die Vorwürfe im Schreiben des Personalverbandes erst hinterfragen oder verifizieren müssen, bevor er die Administrativuntersuchung einleitete? d) War die Administrativuntersuchung unter den gegebenen Umständen das einzige Handlungsinstrument des Gemeinderates? Hätte der Gemeinderat den Auftrag an den Untersuchungsbeauftragten anders formulieren müssen? Hätte er sich ausserdem bewusst sein müssen, dass der Schlussbericht der Administrativuntersuchung veröffentlicht werden muss? Wäre ein anderes Verfahren als das von Fürsprecher ... gewählte (persönliche Befragungen und 1:1 Wiedergabe der Aussagen) angemessener gewesen? e) Wieso ist der Gemeinderat davon ausgegangen, dass der Bericht nicht veröffentlicht werden muss? Wer hat den Gemeinderat diesbezüglich beraten? f) Welche konkreten Ziele verfolgte die als Folge der Administrativuntersuchung B._____ eingesetzte gemeinderätliche Delegation? Was hat sie konkret gemacht und mit welchen Resultaten? Welche Alternativen zur Einsetzung einer Delegation hätte es sonst noch gegeben?»

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 30 Weiter beauftragte die GPK den Appellanten unter Ziff. 2 «Ergänzungen des bisherigen Auftrags» mit «separatem Mandat» auf der Grundlage von weiteren Fragen «Handlungsszenarien» bzw. «Empfehlungen» dazu auszuarbeiten, wie die GPK zur Bereinigung des Konflikts im Gemeinderat beitragen bzw. dessen Funktionieren gewährleisten könne. Selbstverständlich würden die «diesbezüglich anfallenden Ergebnisse [...] nicht unter das enger gefasste ursprüngliche Mandat für die Sonderprüfung» fallen (Vorakten [act. 3A] pag. 204).

E. 5.5

Aus dem Ausgeführten ergibt sich zum massgeblichen Auftragsinhalt Folgendes: Der Appellant wurde von der GPK im Rahmen einer Sonderprüfung als aussenstehender Rechtsexperte beigezogen. Als solcher sollte er die «Einleitung, Durchführung und die Konsequenzen» der im Jahr 2014 im Auftrag des Gemeinderats der EG Biel in der B._____ erfolgten Administrativuntersuchung näher untersuchen und beurteilen. Die zu prüfenden Fragen gab die GPK im Schreiben vom 1. Juli 2015 vor. Über die Ergebnisse der Untersuchung sollte der Appellant der GPK schriftlich Bericht erstatten, bei Bedarf auch mündlich. Grundlage der Sonderprüfung bildeten gemäss Auftrag die bereits vorhandenen Unterlagen. Unklar ist, ob die GPK ursprünglich davon ausging, dass sich der Appellant bei der Abfassung des Berichts allein darauf abstützen hatte, oder ob er auch befugt war (bzw. von ihm erwartet wurde), die interessierenden Verhältnisse eigenständig abzuklären und zu diesem Zweck insbesondere Befragungen durchzuführen (vorne E. 1.2.3 sowie hinten E. 5.6.1 f.). Dem Appellant stand wohl auch in dieser Hinsicht ein grosser

Entscheidungsspielraum offen. Jedenfalls hat die GPK keinen Einspruch erhoben, als der Appellant Befragungen ankündigte bzw. als sie von den Befragungen erfuhr. Die Berichterstattung an den Stadtrat gestützt auf die Ergebnisse des Appellanten war hingegen Sache der GPK. Dasselbe galt für Präzisierungen und Erweiterungen des Untersuchungsauftrags sowie für die Einleitung von allfälligen Massnahmen. Anders als es der Appellant darstellt, wurden die «Konturen» des Auftrags nicht dadurch «verwischt», dass die GPK mit Schreiben vom 7. September 2015 als Reaktion auf den Zwischenbericht des Appellanten die ursprüngliche Auftragsumschreibung noch einmal präziserte bzw. klarstellte. Die sechs «ergänzenden Fragen» (Ziff. 1 des Schreibens) lassen sich inhaltlich klar den mit Auftragserteilung formulierten Fragen zuordnen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 31 und gehen nicht über den dort umschriebenen Untersuchungsgegenstand hinaus. Demgegenüber erteilte die GPK für die Beantwortung der unter Ziff. 2 des Schreibens gestellten Fragen ausdrücklich ein separates Mandat. Entsprechend hat der Appellant in seinem Bericht vom 5. Januar 2016 nur den zweiten Fragenkomplex als «ergänzenden Auftrag» vermerkt (Ziff. 1.3; Vorakten [act. 3A] pag. 258).

E. 5.6

Der Appellant bringt zunächst vor, die von ihm nach dem 30. November 2015 durchgeführten Befragungen und deren Einarbeitung in seinen Bericht seien nicht mehr Teil des ursprünglich vereinbarten Auftrags gewesen.

E. 5.6.1

Den Akten lässt sich dazu Folgendes entnehmen: Der Appellant wandte sich mit E-Mail vom 30. November 2015 an die Präsidentin der GPK und an die Ratssekretärin, um sie «über den Stand der Konsultationen» zu informieren. Der Stadtpräsident habe angeregt, dass er auch mit den übrigen Gemeinderatsmitgliedern Gespräche führe. Diese würden seines Erachtens «nicht viele neue Erkenntnisse bringen», vielleicht erachte die GPK diese aber dennoch als «richtig». Der Stadtpräsident habe zudem bei seiner Befragung neue Aussagen gemacht, zu denen er «korrekterweise» zwei bzw. evtl. drei Personen, darunter den Direktor der B._____, (erneut) befragen müsse (Beilage 47 zur Appellation [act. 1C], auch zum Folgenden). Die Ratssekretärin antwortete mit E-Mail vom 1. Dezember 2015 und teilte dem Appellanten mit, nach Rücksprache mit der Präsidentin der GPK sei sie der Auffassung, die Befragung der übrigen Gemeinderatsmitglieder mache «dennoch Sinn», damit nachträglich nicht der Vorwurf erhoben werde, diese seien nicht angehört worden. «Bestrittene Aussagen» seien auf jeden Fall «vertieft» zu prüfen und zu verifizieren. Zudem schlug sie vor, dass der Appellant seinen Bericht bis spätestens am 5. Januar 2016 abschliesse. Aktenkundig ist weiter ein E-Mail-Verkehr zwischen dem Appellanten und dem Stadtpräsidenten (Beilage 48 zur Appellation [act. 1C]). Der E-Mail des Appellanten vom 1. Dezember 2015 ist zu entnehmen, dass dieser den Stadtpräsidenten um eine schriftliche Mitteilung zu den Aussagen einer von der Administrativuntersuchung hauptbetroffenen Person bat; ein «förmliches Gespräch» erachte er jedoch nicht als notwendig. Der Stadtpräsident teilte dem Appellanten daraufhin am 2. Dezember 2015 mit, er wünsche eine «förmliche Anhörung».

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 32

E. 5.6.2

Wie ausgeführt, war es Aufgabe des Appellanten, die Anordnung, Durchführung und Folgen der im Jahr 2014 in der B._____ erfolgten Administrativuntersuchung zu beurteilen und die Ergebnisse in einem Bericht an die GPK festzuhalten. Zu diesem Zweck nahm er (auch) eigene Sachverhaltsabklärungen vor und führte bereits vor dem 30. November 2015 Gespräche mit mehreren betroffenen Personen, wie der Appellant in seinen Berichtsentwürfen vom 8. und 23. November 2011 (richtig: 2015) selber ausführt (Vorakten [act. 3A] pag. 209, 230). Seine Tätigkeit war damit auch nach seinem eigenen Verständnis nicht allein auf eine «rechtlich vertiefte Analyse» beschränkt (so aber Appellation S. 14, auch zum Folgenden), sondern erstreckte sich zudem auf die dafür nötigen Sachverhaltserhebungen. Inwiefern sich der ursprüngliche Auftrag bzw. die «Zielrichtung der Abklärung» durch die weiteren Befragungen ab Anfang Dezember 2015 geändert haben soll, begründet der Appellant nicht näher. Anders als er es darstellt (Appellation S. 6), brachte er in seiner E-Mail vom 30. November 2015 gegenüber der GPK auch nicht zum Ausdruck, dass es sich bei den zusätzlichen Befragungen nach seinem Dafürhalten um eine «Weiterung der Untersuchung» handle, sondern führte lediglich aus, dass er die Befragung der übrigen Gemeinderatsmitglieder für entbehrlich halte, er den Entscheid aber der GPK überlasse. Demgegenüber erachtete er die zusätzlichen Befragungen von zwei, evtl. drei Personen aufgrund der neuen Aussagen des Stadtpräsidenten selber für notwendig und setzte die GPK lediglich über die anstehenden Gespräche in Kenntnis. Soweit der Appellant weiter vorbringt, die GPK habe erkennen müssen, dass sie mit den «Weiterungen ab 1. Dezember 2015» ihren Finanzrahmen überschreite, ist ihm mit der Gemeinde entgegenzuhalten, dass der Appellant offenbar noch rund neun Monate nach Abschluss der Sonderprüfung bei der Rechnungsstellung Ende September 2016 davon ausging, das Budget nicht überschritten zu haben (vorne E. 4.9). Inwiefern es der GPK unter diesen Umständen hätte möglich sein sollen, Anfang Dezember 2015 eine (vermeintliche) Kostenüberschreitung zu erkennen, erklärt der Appellant nicht, zumal er zu diesem Zeitpunkt lediglich ein Akonto von Fr. 10'000.-- in Rechnung gestellt hatte (vorne E. 4.9), und für die GPK demnach kein Anlass zur Annahme bestand, das Kostendach könnte durch den angefallenen Aufwand bereits erreicht sein. Wurde nach dem Gesagten der Auftragsinhalt durch die Befragungen ab 1. Dezember 2015 sowie deren

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 33 Einarbeitung in den Bericht nicht verändert bzw. erweitert, steht dem Appellanten dafür auch keine Mehrvergütung zu, auch wenn ihm dadurch mehr Aufwand anfiel, als er erwartet hatte (vorne E. 4.2 und 5.2).

E. 5.7

Der Appellant macht weiter geltend, er sei von der GPK nach Abgabe seines (endgültigen) Berichts vom 5. Januar 2016 mit diversen Zusatzarbeiten bemüht worden. So sei er gebeten worden, am 14. Januar 2016 an einer Sitzung der GPK teilzunehmen. Auch habe er auf Wunsch der Ratssekretärin den Berichtsentwurf der GPK zur Sonderprüfung gegengelesen, seinen Bericht anonymisiert und mehrmals überarbeitet, eine Anfrage eines GPK-Mitglieds bearbeitet sowie den Text einer Medienmitteilung prüfen müssen (vgl. Appellation S. 7 f., 22 ff.). Der dafür angefallene Aufwand sei nicht mehr Teil des ursprünglich vereinbarten Auftrags gewesen, und er habe nach Treu und Glauben annehmen dürfen, dass er dafür von der GPK entschädigt werde (Appellation S. 12, 14, 15 f., 19, 21 ff., auch zum Folgenden). Das- selbe gelte für seinen Aufwand «im Rahmen der politisch aufgeladenen Verteidigung des Berichts». Wie bereits aus der E-Mail der

Ratssekretärin vom 1. Dezember 2015 hervorgehe, sei er ab diesem Zeitpunkt von der GPK und dem Stadtratsbüro «nicht mehr nur im Rahmen der Untersuchung», sondern auch bei der «fachlichen Begleitung in der Auseinandersetzung mit der Exekutive» eingesetzt worden. Nachdem der Gemeinderat Mitte Januar 2016 aufgefordert worden sei, sich zum Bericht der GPK und des Experten zu äussern, hätten der Gemeinderat bzw. der Stadtpräsident und die Stadtschreiberin dazu Stellung genommen, wobei letztere «massive Kritik an zentralen Punkten des die Grundlage der Sonderprüfung bildenden Berichts» des Appellanten geübt hätten. Darauf habe er «in Absprache mit der GPK detaillierte Entgegnungen» bzw. eine «Replik» verfassen müssen, weil der Stadtpräsident und die Stadtschreiberin «letztlich die Legitimation der ganzen Sonderprüfung in Frage gestellt» hätten. Entgegen der Vorinstanz habe er mit dem Abfassen dieser Replik keine Weisung missachtet, sondern diese Arbeit sei vielmehr notwendig und von der GPK auch gewünscht gewesen bzw. zumindest «konkulent genehmigt» worden. Zudem habe er durch sein Vorgehen «beim Gemeinderat» erreicht, dass «vor einer Veröffentlichung des Streits zunächst die umstrittenen Punkte» hätten «bereinigt» werden können (Appellation S. 7 ff.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 34

E. 5.7.1

Sachverhaltlich lässt sich den Akten zu den erstgenannten Zusatzarbeiten Folgendes entnehmen: Am 6. Januar 2016 liess der Appellant der GPK seinen «Bericht über die Sonderprüfung» datierend vom 5. Januar 2016 zukommen. Er führte dazu aus, der Bericht sei nun «wirklich endgültig fertig» (vgl. E-Mail des Appellanten vom 6.1.2016, Beilage 50 zur Appellation [act. 1C]; vgl. auch Bericht vom 5.1.2016 «mit redaktionellen Änderungen vom 14./15. Januar 2016, Vorakten [act. 3A] pag. 255 ff.). Gestützt auf den Bericht des Appellanten verfasste die Ratssekretärin für die GPK einen Berichtsentwurf an den Stadtrat. Diesen Entwurf liess sie mit E-Mail vom 11. Januar 2016 nebst der Präsidentin der GPK (in Kopie) auch dem Appellanten mit der Bemerkung zukommen, dass die grün markierten Stellen noch mit diesem geklärt werden müssten. Der Appellant stellte der Ratssekretärin gleichentags noch eine überarbeitete Version des Textes zu, in der er handschriftlich Bemerkungen und Korrekturvorschläge angebracht hatte (vgl. Vorakten [act. 3A] pag. 298 ff.). Am 14. Januar 2016 fand die Sitzung der GPK statt, an der auch der Appellant teilnahm und an welcher der Bericht der GPK an den Stadtrat verabschiedet wurde (vgl. Appellationsantwort Rz. 35; Vorakten [act. 3A] pag. 321 ff.). Am 16. Januar 2016 liess der Appellant der Präsidentin der GPK sowie der Ratssekretärin per E-Mail eine überarbeitete Version seines Berichts vom 5. Januar 2016 zukommen. Er führte aus, es handle sich dabei um die «unsererseits durchwegs bereinigte und vor allem auch sprachlich nochmals gründlich überprüfte abschliessende Version» (Beilage 54 zur Appellation [act. 1C; kursiv hervorgehoben im Original]; vgl. auch Bericht vom 5. Januar 2016 «mit redaktionellen Änderungen vom 14./15.1.2016, Vorakten [act. 3A] pag. 255 ff.).

E. 5.7.2

Soweit der Appellant aufgrund der dargestellten Umstände eine zusätzliche Vergütung verlangt, kann ihm (auch hier) nicht gefolgt werden: So ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern die Teilnahme an der Sitzung vom 14. Januar 2016, an welcher die GPK ihren auf Grundlage der Arbeit des Appellanten erstellten Bericht zur Sonderprüfung verabschiedete, nicht mehr vom ursprünglich vereinbarten (und vom Kostendach abgedeckten)

Auftragsinhalt erfasst gewesen sein soll. Die GPK durfte vielmehr von ihm verlangen, dass er – als von ihr beigezogener Rechtsexperte – für allfällige Fragen an der Sitzung zur Verfügung stand, zumal vereinbart war, dass der Appellant bei Bedarf auch mündlich Bericht zu erstatten hatte (vorne E. 5.3

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 35 und 5.5). Dasselbe gilt für die Durchsicht des Berichtsentwurfs der Ratssekretärin, stützte sich dieser doch auf den Bericht des Appellanten und durfte von ihm ohne weiteres erwartet werden, dass er offene Fragen kläre. In Bezug auf die Anonymisierung bringt die Gemeinde vor, diese Arbeit sei vom Appellanten nicht verlangt worden. Sollte es sich anders verhalten, hätte es sich dabei um eine im ursprünglichen Auftragsinhalt enthaltene Arbeit gehandelt. Zur Anfrage eines GPK-Mitglieds habe der Appellant nie Stellung genommen und es sei nicht ersichtlich, dass er die Medienmitteilung tatsächlich gegengelesen hätte (vgl. Appellationsantwort Rz. 33 und 39). Diese Darstellung wird vom Appellanten nicht bestritten. Zudem legt er auch hier nicht dar, inwiefern mit dem entsprechenden Aufwand (sofern er tatsächlich anfiel) eine Änderung bzw. Erweiterung des Auftragsinhalts einhergegangen sein soll. Hinsichtlich der geltend gemachten Zusatzarbeiten für die nachträgliche (mehrmalige) Überarbeitung seines Berichts ist sodann festzuhalten, dass der Appellant nicht aufzeigt, weshalb der dafür angefallene Aufwand erforderlich gewesen sein sollte, nachdem er am 6. Januar 2016 seinen «endgültigen» Bericht abgeliefert und die GPK gestützt darauf ihren eigenen Bericht bereits verabschiedet hatte. Zudem wäre der Aufwand ohnehin Teil des vom Kostendach erfassten ursprünglichen Auftrags gewesen.

E. 5.7.3

Zu den weiteren Vorbringen des Appellanten ergibt sich aus den Akten Folgendes: Die GPK stellte ihren Bericht am 18. Januar 2016 dem Gemeinderat zur Kenntnisnahme zu. Am 25. Januar 2016 liess sie ihm auch den Bericht des Appellanten zukommen (Appellationsantwort Rz. 40; Appellation S. 8, auch zum Folgenden). Offenbar als Reaktion auf die am Bericht der GPK (und dem diesem zugrundeliegenden Bericht des Appellanten) von einzelnen Gemeinderatsmitgliedern geäusserte Kritik verfasste der Appellant «Bemerkungen zur Kritik von Mitgliedern des Gemeinderates am Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Stadtrates betreffend Sonderprüfung zur Administrativuntersuchung (AU) in der Direktion B. _____ [...]» und übermittelte dieses Dokument am 26. Januar 2016 der Präsidentin der GPK und der Ratssekretärin (Vorakten [act. 3A] pag. 339 ff.). Am 29. Januar 2016 liess der Gemeinderat der GPK eine Stellungnahme zum Bericht des Appellanten zukommen (Vorakten [act. 3A] pag. 35 ff.). In der «Zusammenfassung» hielt er darin fest, er äussere sich nur «summarisch» dazu, dass sich der «Bericht A. _____» nicht mit eigenständigen Empfehlungen an

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 36 den Gemeinderat richte, sondern eine «Entscheidungsgrundlage für die GPK» darstelle. «Umso höheres Gewicht» messe er denn auch den Schlussfolgerungen der GPK zu. Zu deren Empfehlungen werde der Gemeinderat in einem «separaten Schritt» Stellung nehmen. Es könne aber bereits gesagt werden, dass «zahlreiche dieser Empfehlungen in einem konstruktiven Sinn entgegengenommen» und «zum Teil schon umgesetzt» würden. Das Fazit des Appellanten sei für den Gemeinderat «insgesamt schlüssig». Der Appellant anerkenne den «damaligen Handlungsbedarf» ebenso wie «die letztlich entscheidende Tatsache», dass die unternommenen Schritte zum Erfolg geführt hätten. Der Appellant

kritisiere denn auch weniger die Zielerreichung als einzelne Punkte auf dem Weg zum Ziel. «In wesentlichen Passagen» enthalte der Bericht aber «objektiv unrichtige Punkte». Dies betreffe einerseits die Aussage, der Gemeinderat habe das rechtliche Gehör verweigert. Andererseits seien aus Sicht des Gemeinderats diverse Abläufe an Gemeinderatssitzungen sowie in deren Vorfeld unrichtig wiedergegeben worden. Schliesslich bestünden «wesentliche Meinungsdivergenzen» zwischen dem Experten und der Exekutive in verfahrensrechtlichen und staatsrechtlichen Fragen. Noch am selben Tag stellte die Präsidentin der GPK die Stellungnahme des Gemeinderats dem Appellanten per E-Mail zu (Vorakten [act. 3A] pag. 342). Darin führte sie unter anderem Folgendes aus: «Le Conseil municipal avait informé Mme [...], vice-présidente de la Coges, et moi-même qu'ils se détermineraient sur nos conclusions. Afin de pouvoir décider de la suite à y donner, nous aimerions vous demander de s'il-vous-plaît nous envoyer vos déterminations jusqu' à lundi ma- tin. En effet, notre communiqué de presse paraît mardi matin à 8h.». Der Appellant antwortete der Präsidentin noch gleichentags (18.36 Uhr) per E-Mail (Vorakten [act. 3A] pag. 344) und brachte sein Unverständnis über den Standpunkt des Gemeinderats zum Ausdruck, den er als «inacceptable» bezeichnete. Weiter äusserte er sich wie folgt (Hervorhebungen im Original): «Vous, Madame la Présidente, vous demandez que je vous livre jusqu' à lundi matin une prise de position détaillée. Je pourrais m'efforcer de vous présenter une réplique (y incluses les pièces de preuves). Mais avec cette réplique vous n'avez pas encore une base suffisante pour votre rapport, parce que le Conseil communal va dire au public (avec son communiqué de presse?) et dans la séance du Conseil de Ville que le rapport A._____ est maintes fois faux et erronés. Ce n'est pas de tout une bonne situation pour vous et votre Commission. Et comment puis je me défendre devant le Parlement et le public qu'avec une réplique de 30 pages? Je me demande si je ne dois pas demander une

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 37 procédure indépendante de vérification; je me demande aussi si vous ne devez pas discuter ce problème aux sein de votre Commission et éventuellement au Parlement. J'avoue que j'aimerais discuter cette affaire avec vous, à la limite même en publique. La situation est «sehr unerfreulich». Die Präsidentin der GPK antwortete dem Appellanten nur wenig später (18.51 Uhr) und hielt unter anderem Folgendes fest (Vorakten [act. 3A] pag. 345). «Je ne vous demande pas une prise de position détaillée, mais je voulais savoir si ce rapport du CM [conseil municipal] apporte du nouveau à vos yeux, et si vos réponses sont différentes de celles que vous nous avez donnée par email cette semaine suite à la séance que j'avais eue avec le maire et Mme [...]. Pour la suite, je vous propose d'attendre lundi et le communiqué que le CM va me présenter à 16h avant de l'envoyer. Je vous tiens au courant!» Am 31. Januar 2016 teilte der Appellant der Präsidentin der GPK mit, deren Bericht müsse aufgrund der Stellungnahme des Gemeinderats in keiner Weise («nullement») angepasst werden (Vorakten [act. 3B] pag. 436). Mit E-Mail vom 1. Februar 2016 (14.36 Uhr) liess der Appellant der Präsidentin der GPK und der Ratschreiberin eine ausführliche «Replik» (Vorakten [act. 3A] pag. 48 ff.) sowie ein Begleitschreiben an den Gemeinderat zukommen und führte dazu aus, er «wäre Ihnen sehr, sehr dankbar», wenn sie die beiden Texte «noch heute» an alle Mitglieder der GPK sowie des Gemeinderats schicken könnten. Er habe «leider bei gewissen Punkten sehr streng replizieren» müssen, da der Stadtpräsident und die Stadtschreiberin eine «ungeheure Angriffsenergie» entfaltet hätten (Vorakten [act. 3B] pag. 487). Gleichentags (18.20 Uhr) übermittelte der Appellant der Präsidentin der GPK und der Ratssekretärin einen überarbeiteten Begleitbrief

an den Gemeinde- rat sowie einen neuen Begleitbrief an die GPK und bemerkte dazu Folgendes (Vorakten [act. 3B] pag. 488 [Hervorhebungen im Original]): «Ich bin Ihnen dankbar, wenn sowohl Ihre Kommission wie auch der Gemeinderat mit meiner Replik bedient werden. Sie, Frau [...] haben mir berichtet, dass Sie, Madame [...], wie der Gemeinderat jetzt möglichst Eintracht bezeugen möchte. Das will ich nicht stören. Dennoch bitte ich Sie, meine Replik baldmöglichst auch dem Gemeinderat auszuhändigen. [...] die Stellungnahme des Gemeinderates vom 29. Januar [...] ist in der Haltung, im Ton, mit vielen ungenauen Behauptungen und mit den rechtlichen Unkenntnissen so skandalös, dass die Mitglieder des Gemeinderates sehen müssen, dass es nicht geht, dass ein Kritiker ein-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 38 fach derart überfahren wird. Die Replik enthält auch neue Erkenntnisse [...], weshalb [sie] auch für die GPK aufschlussreich ist.» Kurz zuvor (17.48 Uhr) hatte sich die Ratssekretärin an sämtliche Mitglieder der GPK gewandt und sie darüber informiert, der Gemeinderat sei bereit, die Medienmitteilung sowie den Bericht der GPK «weitgehend unkommentiert zu akzeptieren», unter der Bedingung, dass seine Stellungnahme vom 29. Januar 2016 «im Rahmen des weitergehenden Einsichtsrechts zusätzlich zum Gutachten A. _____ und den dort erwähnten Anlagen einsehbar» gemacht werde. Andernfalls erwäge der Gemeinderat, den Medien «eine eigene Stellungnahme zu verteilen», die seine «massive Kritik» am Gutachten des Appellanten wiedergebe. Die Ratssekretärin bat die Mitglieder der GPK um Mitteilung, ob sie mit dem vereinbarten Vorgehen einverstanden seien (Vorakten [act. 3B] pag. 489 f.). Der Appellant sandte wenig später (18.45 Uhr) eine E-Mail an die Ratssekretärin und sämtliche Mitglieder der GPK und bemerkte was folgt (Vorakten [act. 3B] pag. 489 [Hervorhebungen im Original]): «Entschuldigen Sie bitte, dass ich mich als Beauftragter ohne Stimmrecht äussere. Aber ich finde diesen Deal falsch. Denn dieser beruht darauf, dass der Gemeinderat seine Stellungnahme für absolut richtig hält (wie schon das fatale Gutachten ...), und mit dem Deal akzeptiert Ihre Kommission, dass offenbar meine Person kritikwürdig bzw. somit als Gutachter unzuverlässig sei. Sorry, beides akzeptiere ich nicht. [...] Vor drei Stunden habe ich Ihnen, Madame [...], meine Replik geschickt, und vor kurzem auch meinen Brief an Sie alle, meine Damen und Herren. Die Situation zwingt mich, Ihnen allen umgehend diese Texte zu schicken. Denn so ist dann auch meine Replik im weiteren Verfahren einsehbar. Ich suche weder für mein Gutachten und erst recht nicht für die Replik die Publizität. Doch der Gemeinderat hat so viel Falsches behauptet und seine Behauptungen waren so gehässig, dass ich nicht schweigen darf. Es ist verständlich, dass die von mir im Gutachten (N.B. recht zurückhaltend) kritisierten Hauptakteure sich wehren, aber so «hinten herum» geht es nicht. [...]» Kurz darauf (19.00 Uhr) äusserte er sich per E-Mail erneut (Vorakten [act. 3B] pag. 491 [Hervorhebungen im Original]): «Jetzt bin ich echt entsetzt. Das wird ganz sicher einen Riesenklamauk geben. Wenn der Gemeinderat seine Stellungnahme meinem Gutachten für die GPK beilegen will, wenn Personen Einsicht nehmen wollen, so MUSS ich auf Rückfrage alle Argumente öffentlich machen, die ich in der Replik niedergelegt habe. Das wird für den Gemeinderat ein Desaster. [...] Die Fehler des Gemeinderates (und der Rechtsberaterin) waren viel gröber als ich sie im Text vom 5. Januar beschrieben habe. Ich kann Ihnen diese neuesten Dokumente gerne höchst vertraulich zukommen lassen. [...]»

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 39

E. 5.7.4

Zunächst ist zu Recht unbestritten, dass sich der Aufwand des Appellanten im Zusammenhang mit der «Auseinandersetzung mit der Exekutive» ausserhalb des ursprünglichen Auftrags bewegte (vgl. Appellation S. 12, auch zum Folgenden; vorne E. 5.7 Ingress). Anders als der Appellant anzunehmen scheint, genügt dies jedoch nicht, um einen Anspruch auf Mehrvergütung zu begründen. Ein solcher würde vielmehr voraussetzen, dass der angefallene Aufwand auf einer (nachträglichen) Änderung bzw. Erweiterung des Auftragsinhalts durch die auftraggebende GPK beruhte oder dass er für die Erfüllung des Auftrags zumindest erforderlich war (vorne E. 5.2). Dass Ersteres der Fall gewesen sei bzw. dass die GPK den mit der «Replik» zusammenhängenden Aufwand ausdrücklich angeordnet bzw. verlangt hätte, bringt der Appellant (zu Recht) nicht vor. Er führt hingegen aus, die GPK sei selber von der «Notwendigkeit» der Replik ausgegangen (Appellation S. 9) bzw. diese sei «dringlich benötigt und konkludent genehmigt» worden (Appellation S. 15). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (angefochtenes Urteil E. 5.5), stellte die Präsidentin der GPK in ihrer E-Mail vom 29. Januar 2016 (18.51 Uhr) klar, dass sie vom Appellanten gerade keine detaillierte Entgegnung benötige, sondern lediglich wissen wolle, ob sich aufgrund der Stellungnahme des Gemeinderats etwas an seiner Beurteilung ändere. Weiter schlug sie vor, die Pressemitteilung des Gemeinderats abzuwarten, die dieser ihr am Montag vorlegen werde. Indem der Appellant in der Folge dennoch eine umfangreiche Replik verfasste, obschon er der Präsidentin tags zuvor noch mitgeteilt hatte, der Bericht der GPK müsse in keiner Weise angepasst werden, setzte er sich über das von ihr vorgeschlagene Vorgehen hinweg und handelte insofern eigenmächtig. Dass er dabei nicht die Interessen der auftraggebenden GPK vor Augen und die Angelegenheit aus seiner Sicht zunehmend eine persönliche Dimension erreicht hatte, belegen seine Reaktionen auf die Kritik des Gemeinderats an seinem Bericht auf eindrückliche Weise. Soweit er in diesem Zusammenhang weiter auf den E-Mail-Verkehr unter den Mitgliedern der GPK vom 1. und 2. Februar 2016 verweist (Beilage 58 zur Appellation [act. 1C]), kann er daraus nicht ableiten, dass die GPK seine Replik als «notwendig» erachtete. Vielmehr brachte die Präsidentin darin zum Ausdruck, dass der fortgesetzte Austausch von Repliken und Dupliken nicht in ihrem Interesse sei und Ziel sein müsse, auf die Umsetzung der Empfehlungen im Bericht der GPK hinzuarbeiten (vgl. E-Mail der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 40 Präsidentin der GPK vom 1.2.2016, Beilage 58 zur Appellation [act. 1C]). Daraus, dass die GPK die Replik des Appellanten – auf dessen Insistieren hin – schliesslich an den Gemeinderat weiterleitete, kann er keine «konkludente Genehmigung» derselben ableiten. Wie die Vorinstanz weiter zutreffend festgestellt hat (angefochtenes Urteil E. 5.5), spricht sodann die Äusserung im Rahmen der Rechnungstellung, der Aufwand habe sich durch den «fortgesetzten und beharrlichen Widerstand» des Stadtpräsidenten und der Stadtschreiberin «sicher verdoppelt», weil «es viele – sachlich nicht notwendige, aber politisch unausweichliche – Zusatzarbeiten» gegeben habe (Vorakten [act. 3A] pag. 356), dafür, dass der Appellant sich beim Umgang mit der vorgebrachten Kritik eben nicht von sachlichen Motiven leiten liess. Schliesslich zeigt sich die fehlende Zweckdienlichkeit seines Vorgehens auch darin, dass der Gemeinderat bereits in seiner Stellungnahme vom 29. Januar 2016 festgehalten hatte, dass er «zahlreiche» der Empfehlungen der GPK «in einem konstruktiven Sinn» entgegennehme und zum Teil bereits umsetze. Wie die Gemeinde zu Recht ausführt (Appellationsantwort Rz. 40 [S. 14]), entsprach es jedoch nicht der Zielsetzung der GPK und hatte sie den Appellanten entsprechend nicht beauftragt, den

Gemeinderat im Einzelnen von der Richtigkeit der im Expertenbericht festgehaltenen Einschätzungen zu überzeugen. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Aufwand, den der Appellant insbesondere im Zusammenhang mit der Replik an den Gemeinderat tätigte, von der auftraggebenden GPK weder verlangt war, noch der Erfüllung des Auftrags diene, weshalb er keinen Anspruch auf Mehrvergütung begründet. Das Gesagte gilt grundsätzlich auch für die «Bemerkungen zur Kritik von Mitgliedern des Gemeinderates am Bericht der Geschäftsprüfungskommission [...]», bei denen es dem Appellanten nach eigenen Worten in erster Linie darum ging, nicht als jemand dazustehen, «der die Fakten unkorrekt wiedergegeben hat» (vgl. dessen E-Mail vom 27.1.2016, Beilage 51 [richtig: 66] zur Appellation bzw. zur Replik vom 5.3.2021 [act. 8A]).

E. 5.7.5

Den weiteren unter dem Titel «Für die Unterstützung der GPK in der Auseinandersetzung mit der Exekutive» geltend gemachten Aufwand (Appellation S. 21 ff.) begründet der Appellant nicht einmal ansatzweise, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 41

E. 5.8

Nach dem Gesagten erweist sich auch der Eventualantrag als unbegründet (zur Frage des genügenden Nachweises des geltend gemachten Zeitaufwands vgl. auch E. 4.13). Dabei kann offenbleiben, welche Folgen sich aus einer allfälligen Verletzung der Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten des Appellanten (Art. 398 und 400 OR) mit Blick auf die geltend gemachte Mehrvergütung ergäben (vgl. dazu angefochtenes Urteil E. 5.6 f.).

E. 6.1

Die Appellation ist damit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.6). Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Appellant kostenpflichtig (Art. 109 Abs. 1 VRPG). Er hat deshalb die Verfahrenskosten zu tragen und der Gemeinde die auf das Verfahren vor Verwaltungsgericht entfallenden Parteikosten zu ersetzen (Art. 109 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Art. 104 Abs. 4 VRPG ist im Klage- bzw. Appellationsverfahren nicht anwendbar (BVR 2008 S. 5 [VGE 22765 vom 1.6.2007] nicht publ. E. 9.2; VGE 2020/127 vom 7.9.2021 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 35 und 44 sowie Art. 109 N. 2).

E. 6.2

Gemäss Art. 41 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) ist das Honorar abhängig vom Streitwert. Bei einem Streitwert von Fr. 79'266.90 ist für das Honorar ein Rahmen von Fr. 3'900.-- bis Fr. 23'700.-- vorgesehen (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 PKV). In Rechtsmittelverfahren, soweit sie – wie hier – vom bisherigen Anwalt geführt werden, beträgt das Honorar bis zu 50 % desjenigen gemäss Art. 5 PKV (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 PKV). Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Der Rechtsvertreter der Gemeinde macht für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ausgehend von einem Zeitaufwand von 46,45 Stunden ein Honorar von Fr. 12'090.--

geltend (zu- züglich Auslagen und MWSt; Kostennote vom 23.11.2022 [act. 17]). Dieses Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24.01.2023, Nr. 100.2020.424U, Seite 42 Honorar erscheint im Licht der massgebenden Kriterien als überhöht. Den insgesamt überdurchschnittlichen Verhältnissen wird innerhalb des Rahmens mit einem Parteikostensatz von Fr. 10'000.-- (zuzüglich Auslagen von Fr. 418.-- und MWSt von Fr. 802.20) angemessen Rechnung getragen. Dieses Honorar bewegt sich im oberen Bereich des Tarifs. Ein Zuschlag für besonders aufwendige Verfahren nach Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV, wie ihn die Gemeinde verlangt, rechtfertigt sich nicht (vgl. allgemein Ruth Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 14). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.