

# BGer 2C\_1009/2022 vom 17. Januar 2024

Bundesgericht, 2024-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_1009\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1009_2022)

FR: TF 2C\_1009/2022 du 17 janvier 2024

IT: TF 2C\_1009/2022 del 17 gennaio 2024

## Erwägungen

### E. 1.1

Angefochten ist ein selbständig eröffneter Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren, gegen den die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 92 Abs. 1 BGG zulässig ist. Im Übrigen folgt der Rechtsweg bei Zwischenentscheiden nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens jenem der Hauptsache (vgl. BGE 137 III 380 E. 1.1; Urteil 4A\_437/2021 vom 25. März 2022 E. 1.3, nicht publ. in: BGE 148 III 314). In der Hauptsache geht es um ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen zwei Schulgemeinden nach kantonalem Recht. Dabei handelt es sich um eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ). Eine Ausnahme nach Art. 83 BGG liegt nicht vor, weshalb die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auch insoweit zulässig ist.

### E. 1.2

Das Beschwerderecht von Gemeinden ist in erster Linie in Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG geregelt. Nach dieser Bestimmung sind Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wenn sie die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt. Dabei ist insbesondere die in Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistete Gemeindeautonomie gemeint ( BGE 149 I 81 E. 4.3; 140 III 644 E. 3.3.1 ; 140 I 90 E. 1.1). Sind die Voraussetzungen von Art. 89 Abs. 2 BGG nicht erfüllt, ist zu prüfen, ob die Gemeinde nach Art. 89 Abs. 1 zur Beschwerde berechtigt ist ( BGE 140 I 90 E. 1.2). Dies setzt voraus, dass sie vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Art. 89 Abs. 1 BGG ist in erster Linie auf Privatpersonen zugeschnitten, doch kann sich auch ein Gemeinwesen darauf stützen, wenn es durch den angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie ein Privater oder aber in spezifischer, schutzwürdiger Weise in der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe betroffen wird ( BGE 147 II 227 E. 2.3.2).

Die Beschwerdeführerin beruft sich in der Sache nicht auf die Gemeindeautonomie oder eine sonstige verfassungsmässige Garantie im Sinne von Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG , weshalb ihre Beschwerdeberechtigung nach den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 89 Abs. 1 BGG zu prüfen ist. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. In der Hauptsache droht ihr durch die vom Beschwerdegegner geforderte Grenzbereinigung der Verlust eines Teils ihres Gemeindegebiets, was sie in ihrer Rechtsstellung besonders berührt. Damit ist die Beschwerdeführerin nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens (vorne E. 1.1) auch durch den angefochtenen Zwischenentscheid besonders berührt und sie hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Sache durch einen unabhängigen Bezirksrat und eine unabhängige Ratsschreiberin behandelt wird. Sie

ist folglich nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt.

### **E. 1.3**

Die übrigen Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG ) und sie wurde form- sowie fristgerecht eingereicht ( Art. 42 und Art. 100 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Die Verletzung von Grundrechten prüft es aber nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 143 II 283 E. 1.2.2 ; 139 I 229 E. 2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (Urteil 2C\_771/2021 vom 15. September 2022 E. 2.1; vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2).

### **E. 2.2**

Seiner rechtlichen Beurteilung legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), sofern diese Feststellung nicht offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). Rügt die beschwerdeführende Partei eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, haben ihre Vorbringen den Begründungsanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen (Urteil 2C\_771/2021 vom 15. September 2022 E. 2.2; vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6; 133 II 249 E. 1.4.3). Ohne eine diesen Anforderungen genügende Rüge sind Berichtigungen oder Ergänzungen des Sachverhalts unzulässig und für das Bundesgericht unbeachtlich.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 29 Abs. 1 BV (Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren) verletzt, indem sie ihr Ausstandsbegehren mit der Begründung abgewiesen habe, die Mitglieder des Beschwerdegegners und die Ratschreiberin seien infolge der Einholung des Rechtsgutachtens nicht befangen. In diesem Zusammenhang weist die Beschwerdeführerin auch auf die speziell für gerichtliche Verfahren geltenden Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aus Art. 30 BV und Art. 6 EMRK hin. Sie zeigt jedoch nicht auf, inwiefern diese Bestimmungen verletzt worden sein sollen, und macht namentlich nicht geltend, sie seien im aufsichtsrechtlichen Verfahren vor dem Bezirksrat anwendbar. Soweit die Beschwerdeführerin überhaupt eine Verletzung von Art. 30 BV und Art. 6 EMRK rügt, genügt sie jedenfalls den Begründungsanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG nicht. Zu prüfen ist deshalb nur, ob Art. 29 Abs. 1 BV verletzt wurde.

### **E. 3.2**

Der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren ( Art. 29 Abs. 1 BV ) beinhaltet u.a. das Gebot der Unbefangenheit von Gerichts- und Verwaltungsbehörden. Im

Kern dieser Garantie geht es darum, dass sich die für einen Entscheid zuständigen Personen in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben ( BGE 140 I 326 E. 5.2; Urteil 1C\_647/2021 vom 15. September 2022 E. 2.3). Art. 29 Abs. 1 BV verpflichtet eine Amtsperson zum Ausstand, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (Urteil 6B\_457/2020 vom 20. Juli 2020 E. 2.2.2). Damit soll verhindert werden, dass Umstände, die ausserhalb des Verfahrens liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf den Entscheid einwirken (Urteile 2C\_238/2018 vom 28. Mai 2018 E. 4.2 und 2C\_931/2015 vom 12. Oktober 2016 E. 5.1). Dabei können die für Gerichte geltenden strengen Anforderungen an die Unbefangenheit nach Art. 30 BV und Art. 6 EMRK nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden ( BGE 140 I 326 E. 5.2; Urteil 1C\_647/2021 vom 15. September 2022 E. 2.3). Nichtgerichtliche Amtspersonen haben nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Wesentlichen nur dann in den Ausstand zu treten, wenn sie an der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben, zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber der Partei ihre persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck gebracht haben oder wenn ihnen Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen sind, die ihrer Natur nach oder wegen ihrer aussergewöhnlichen Häufung besonders schwer wiegen und auf eine gravierende Verletzung ihrer Amtspflichten gegenüber der betroffenen Person hinauslaufen (Urteile 1C\_647/2021 vom 15. September 2022 E. 2.4; 2C\_649/2021 vom 21. Oktober 2021 E. 4.2; 2C\_382/2018 vom 15. März 2019 E. 3; je mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz ist in ihren Erwägungen zum Schluss gekommen, der Beschwerdegegner sei zwar nicht befugt gewesen, ein Gutachten zu den sich stellenden Rechtsfragen zur Gemeindeaufsicht einzuholen, jedoch führe dieser Verfahrensfehler nicht dazu, dass die mit dem Verfahren befassten Bezirksratsmitglieder und die Ratschreiberin in den Ausstand treten müssten. Sie führt dazu aus, dass nur besonders schwere oder wiederholte Verfahrensfehler, die auf eine Pflichtverletzung schliessen lassen, einen Ausstandsgrund zu bilden vermöchten und dass eine solche Fehlleistung hier nicht vorliege. Weder der Gutachtensauftrag als solcher noch sein umfassender Charakter (detaillierte Fragen mit Bezug zum konkreten Fall), die zeitlichen Abläufe (Erteilung des Auftrags schon kurz nach Einleitung des Aufsichtsverfahrens) oder das vereinbarte vorläufige Kostendach von Fr. 25'000.-- würden den Schluss zulassen, dass der Beschwerdegegner sich nicht in der Lage sah, den Fall selbst zu lösen und eine selbständige rechtliche Würdigung vorzunehmen. Es bestünden keine Hinweise, dass der Beschwerdegegner die Rechtsanwendung den Sachverständigen überlassen und auf eine kritische Würdigung des Gutachtens verzichten wollte. Gegen eine solche Annahme spreche, dass er bereits vor Ablieferung des Gutachtens aufsichtsrechtliche Ersatzmassnahmen angedroht und sodann das Gutachten den Verfahrensbeteiligten zur Stellungnahme zugestellt habe. Aus der Bemerkung im Gutachtensauftrag, wonach das Gutachten "in erster Linie zur Legitimierung des aufsichtsrechtlichen Vorgehens dienen" solle, folge auch nicht, dass der Beschwerdegegner sich schon auf ein bestimmtes Vorgehen festgelegt gehabt hätte. Der Umgang mit Aktenstücken, die aus formellen Gründen unbeachtlich sind, gehöre zu den üblichen Aufgaben von Verwaltungsbehörden, weshalb erwartet werden dürfe, dass die Behördenmitglieder imstande und willens sind, solchen Aktenstücken mit der notwendigen inneren Distanz zu begegnen.

### **E. 3.4**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, bei der Einholung des Rechtsgutachtens handle es sich nicht bloss um einen "einfachen Verfahrensfehler", der keine Ausstandspflicht des Beschwerdegegners begründe. Der Beschwerdegegner habe sich einen gesamten Fall von privater Seite "vorlösen" lassen wollen. Dies gehe zum einen daraus hervor, dass der Gutachtensauftrag gleich elf Fragen umfasse, die sich grösstenteils spezifisch auf den vorliegenden Fall bezogen hätten, und zum anderen aus dem Kostendach von Fr. 25'000.--, das völlig unverhältnismässig sei, sowie aus den zeitlichen Abläufen. Es sei der Eindruck entstanden, dass der Beschwerdegegner sich nicht in der Lage gesehen habe, den Fall rechtlich eigenständig zu lösen, und dass die Beschwerdeführerin vorbringen könne, was sie wolle, ohne dass dies irgendetwas am durch das Rechtsgutachten vorgeprägten Ergebnis der Angelegenheit ändern könnte. Deutlich verstärkt werde dieser Eindruck durch die Aussage des Beschwerdegegners, dass das Gutachten ihm zur Legitimierung des aufsichtsrechtlichen Vorgehens dienen werde. Damit habe der Beschwerdegegner erkennen lassen, dass die Frage, ob überhaupt aufsichtsrechtlich einzuschreiten sei, im Zeitpunkt der Ausformulierung des Gutachtensauftrags bereits vorentschieden gewesen sei. Da der Beschwerdegegner das Gutachten bereits zu Kenntnis genommen habe, würde es willentlich oder unwillentlich die Rechtsfindung und den anstehenden aufsichtsrechtlichen Entscheid beeinflussen. Dass es zu den Kernaufgaben einer Behörde gehöre, mit unverwertbaren Aktenstücken umzugehen, ändere daran nichts, denn im vorliegenden Fall habe die instruierende Behörde selbst durch klar prozesswidriges Vorgehen die Unverwertbarkeit eines Aktenstücks verursacht. Das Vorgehen des Beschwerdegegners beruhe auf einem völlig verfehlten Rollenverständnis und sei Ausdruck einer Tendenz zur "Privatisierung" der Rechtsanwendung in hoheitlichen Verfahren, die durch Überforderung mit komplexer Materie oder durch Zeit- und Spargründe bedingt sein könne. Insgesamt liege der objektiv begründete Anschein vor, dass die Mitglieder des Beschwerdegegners und die Ratschreiberin sich vom eingeholten Rechtsgutachten nicht würden lösen können und damit voreingenommen seien.

#### **E. 3.5.1**

Was die Beschwerdeführerin in tatsächlicher Hinsicht vorbringt, geht zum Teil über die vorinstanzliche Darstellung des Sachverhalts hinaus. Das betrifft etwa die Auflistung von sechs sich auf den konkreten Fall beziehenden Gutachtensfragen in der Beschwerdeschrift sowie die Vorbringen, der Beschwerdegegner habe Prof. Dr. A. \_\_\_\_\_ als Sachverständigen bezeichnet und das Vorgehen des Beschwerdegegners sei Ausdruck einer Tendenz zur "Privatisierung" der Rechtsanwendung. Es kann offenbleiben, inwieweit es sich dabei um eine unzulässige Ergänzung des Sachverhalts (vorne E. 2.2) oder lediglich um eine (zulässige) Würdigung der festgestellten Sachverhaltselemente handelt. Denn die Vorbringen sind ohnehin nicht geeignet, das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung zu beeinflussen.

#### **E. 3.5.2**

Die Einholung des Rechtsgutachtens durch den Beschwerdegegner ist nicht als Verfahrensfehler zu qualifizieren, der seiner Natur nach besonders schwer wiegt und auf eine gravierende Amtspflichtverletzung hinausläuft, sodass er im Sinne der Rechtsprechung die Ausstandspflicht der zuständigen Amtspersonen begründen würde (vorne E. 3.1). Aus der Erteilung des Gutachtensauftrags und den damit verbundenen Umständen (zeitlicher Ablauf, umfassender Charakter, konkreter Fallbezug, Kostendach) lässt sich nicht

schliessen, dass der Beschwerdegegner sich nicht in der Lage sah oder nicht willens war, die sich im Aufsichtsverfahren stellenden Rechtsfragen selbst zu beurteilen. Es ist denkbar, dass das Gutachten lediglich zur Ergänzung von eigenen Abklärungen dienen sollte. Die vorgebrachten Hinweise lassen auch nicht den Schluss zu, dass der Beschwerdegegner nicht bereit war, in seiner Entscheidung allenfalls - nach eigener kritischer Würdigung - vom Gutachten abzuweichen. Aus der Aussage, das Gutachten solle zur Legitimierung des aufsichtsrechtlichen Vorgehens dienen, geht zudem nicht hervor, dass der Entscheid über das aufsichtsrechtliche Vorgehen im Zeitpunkt der Auftragserteilung bereits getroffen und das gewünschte Ergebnis des Gutachtens entsprechend bereits festgelegt worden wäre. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist von einer Behörde sodann zu erwarten, dass sie mit Aktenstücken, die nicht berücksichtigt werden dürfen, umgehen und die nötige innere Distanz dazu einnehmen kann. Dies gilt entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auch dann, wenn die Behörde die Unverwertbarkeit der Aktenstücke durch eigene Fehler selbst verursacht hat. Im Übrigen wird nicht dargetan und ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher Umstände das Gutachten geeignet wäre, die Entscheidungsfindung des Beschwerdegegners in sachwidriger Weise zum Nachteil der Beschwerdeführerin zu beeinflussen. Schliesslich ist auch das Vorbringen, der Beschwerdegegner sei von einem verfehlten Rollenverständnis ausgegangen, nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit zu begründen. Denn wenn der Beschwerdegegner von einem falschen Rollenverständnis ausgegangen sein sollte, wäre seine Rolle mit dem Entscheid der Vorinstanz geklärt worden, und es ist davon auszugehen, dass er sich entsprechend dieser Rolle verhält. Somit liegt kein Anschein der Befangenheit vor, womit die Rüge, Art. 29 Abs. 1 BV sei verletzt worden, unbegründet ist.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Die unterliegende Beschwerdeführerin hat als Gemeinde keine Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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