

# TG\_OBERGERICHT TVR 2024 Nr. 5 vom 3. April 2024

Tg Obergericht, 2024-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_TVR\\_2024\\_Nr.\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_TVR_2024_Nr._5)

FR: TG\_OBERGERICHT TVR 2024 Nr. 5 du 3 avril 2024

IT: TG\_OBERGERICHT TVR 2024 Nr. 5 del 3 aprile 2024

## Regeste

Keine Beurteilung der Nichtigkeit bei Nichteintreten; Zulässigkeit der Auslagerung einer Sachverhaltsermittlung an eine Drittperson als Hilfsperson.

## Erwägungen

### E. 1.1

Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig (BGE 132 II 21 E. 3.1, vgl. auch BGE 138 II 501 E. 3.1 und Urteil des Bundesgerichts 2C\_387/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 3.2). Die Nichtigkeit einer Verfügung (oder eines Entscheids) wird nach der sogenannten Evidenztheorie nur ausnahmsweise angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (Urteil des Bundesgerichts 2C\_70/2021 vom 14. April 2021 E. 4.1 mit Hinweisen). Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung (oder eines Entscheids) zur Folge. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 132 II 21 E. 3.1). Eine nichtige Verfügung (oder ein nichtiger Entscheid) entfaltet zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen, weshalb eine Rechtsmittelinstanz diese nicht aufheben, sondern die Nichtigkeit lediglich feststellen kann (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2343/2013 vom 4. Juni 2014 E. 1.1). Die Anfechtung einer nichtigen Verfügung (oder eines nichtigen Entscheids) läuft damit im Entscheid über das Eintreten auf die autoritative Feststellung hinaus, dass eine nichtige Verfügung (oder ein nichtiger Entscheid) und damit eine Anordnung ohne Rechtswirksamkeit vorliegt (vgl. Hangartner, Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von Scheinverfügungen, in: AJP 2003, S. 1054, Ziff. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2343/2013 vom 4. Juni 2014 E. 1.1).

### E. 1.2

Fehlt einer Entscheidung jegliche Rechtsverbindlichkeit, so ist dies durch jede Behörde, die mit der Sache befasst ist, jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (BGE 147 III 226 E. 3.1.2; 144 IV 362 E. 1.4.3; 137 I 273 E. 3.1). In diesem Zusammenhang ist eine Behörde mit der Sache befasst, wenn sich die behauptete Nichtigkeit auf den Ausgang des Verfahrens auswirken kann (zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 5A\_758/2018 vom 18. April 2019 E. 1.3). Rechtsmittelbehörden, denen keine Aufsichtsfunktion über die verfügende Behörde zukommt (was gemäss Bundesgericht einzig im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts gemäss Art. 17 f. SchKG zu bejahen ist; Urteil des Bundesgerichts 5A\_758/2018 vom 18. April 2019 E. 1.3; vgl. auch BGE 145 III 436 E. 3, wo ausgeführt wurde, dem Obergericht komme keine Oberaufsichtsfunktion über die KESB

zu), können sich demzufolge nur dann zu einer behaupteten Nichtigkeit äussern, wenn das Rechtsmittel zulässig ist und sie darauf eintreten müssen. Ist hingegen auf ein Rechtsmittel aufgrund verspäteter Rechtsmittelerhebung nicht einzutreten, ist die Feststellung einer allfälligen Nichtigkeit durch die angerufene Rechtsmittelbehörde nicht möglich (BGE 145 III 436 E. 3, Urteile des Bundesgerichts 5A\_758/2018 vom 18. April 2019 E. 1.3 und 5A\_393/2018 vom 21. August 2018 E. 2.1). Es handelt sich also beim Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit nicht um ein eigenständiges ausserordentliches Rechtsmittel, sondern gemeint ist mit der Möglichkeit der Feststellung der Nichtigkeit durch "jede Behörde und in jedem Verfahren" lediglich eine vorfrageweise Berücksichtigung im Fall eigener Zuständigkeit (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1101). Ansonsten würde der Umgehung der Rechtsmittelfristen, die letztlich im Interesse der Rechtssicherheit steht, Tür und Tor geöffnet (Urteil des Bundesgerichts 5A\_758/2018 vom 18. April 2019 E. 1.4). Kann gegen eine Verfügung kein ordentliches Rechtsmittel (mehr) ergriffen werden, ist ein Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit an die verfügende Behörde zu richten (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1100; vgl. zum Ganzen: Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A■3107/2021 vom 28. April 2022 E. 2.2).

### **E. 1.3**

Das Verwaltungsgericht ist nicht Aufsichtsinstanz über die Vorinstanz. Dies wäre der Regierungsrat (§ 55 Abs. 1 Ziff. 10 VRG). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz mit Schreiben vom 30. Juni 2023 jedoch um Erlass eines Feststellungsentscheids betreffend Nichtigkeit ersucht. Dem Begehren auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Im Falle der Nichtigkeit liegt ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsverfügung dann vor, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Verfügung nichtig sein könnte (vgl. Hangartner, a.a.O., S. 1054, Ziff. 2). Unter diesen Voraussetzungen kann jederzeit verlangt werden, dass die Frage der Nichtigkeit überprüft wird, selbst wenn - aus welchen Gründen auch immer - die Beschwerdefrist nicht eingehalten wurde. Dieses Ergebnis entspricht der Praxis, dass die Nichtigkeit einer Verfügung selbst noch im Verfahren der Vollstreckung der Verfügung geltend gemacht werden kann (vgl. Hangartner, a.a.O., S. 1054, Ziff. 2 mit weiteren Hinweisen; Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2343/2013 vom 4. Juni 2014 E. 1.2). Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz auch ein Wiedererwägungs- oder allenfalls ein Revisionsgesuch hätte stellen und sich in dessen Rahmen auf Nichtigkeit berufen können, da ein nichtiger Entscheid zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen entfaltet und daher nicht aufgehoben werden muss.

### **E. 1.4**

(...)

### **E. 2.1**

(...)

### **E. 2.2**

(...)

### **E. 2.3**

Im vorliegenden Verfahren ist somit zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit vorliegen und die Vorinstanz eine Feststellungsverfügung hätte erlassen müssen. Dabei kann ausgangsgemäss offengelassen werden, ob das Verwaltungsgericht bei Gutheissung der Beschwerde selber eine Feststellungsverfügung zu erlassen hätte oder die Sache diesbezüglich an die Vorinstanz zurückweisen müsste.

### **E. 3.1**

Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 137 I 273 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen). Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (vgl. BGE 138 II 501 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 2C\_387/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 3.2).

### **E. 3.2**

Vorweg ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin zu Recht keine örtliche, funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit der Vorinstanz geltend macht. Entsprechend der Ausführungen in der Beschwerdeschrift vom 26. Oktober 2023 vertritt die Beschwerdeführerin jedoch die Ansicht, dass zahlreiche schwerwiegende Verfahrensfehler vorliegen würden, welche die Nichtigkeit des Entscheids der Vorinstanz vom 20. Juni 2022 zur Folge haben sollen. Auf die entsprechenden Vorbringen ist nachfolgend näher einzugehen.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht zunächst eine rechtswidrige Auslagerung der Untersuchung an die Y AG geltend.

### **E. 4.2**

In dem von der Beschwerdeführerin selber zitierten Entscheid VG.2022.87/E vom 8. Februar 2023 betreffend die medizinische Leiterin der Q AG hielt das Verwaltungsgericht in den E. 4.2 f. Folgendes fest: "4.2 Weder das MedBG noch das GG enthalten nähere Bestimmungen dazu, wer die Abklärungen vorzunehmen hat bzw. ob das zuständige Amt Hilfspersonen beiziehen kann.

### **E. 4.3**

Näher geäussert hat sich das Verwaltungsgericht zum Beizug einer externen juristischen Unterstützung bei den Abklärungen dann jedoch in seinem (späteren) Entscheid VG.2023.12/E vom 30. August 2023. Dieser Entscheid ist auf der Internetseite des Verwaltungsgerichts unter "Entscheide für Medienschaffende" 2023, in anonymisierter Form für die Öffentlichkeit aufgeschaltet. In diesem ähnlich gelagerten Fall hielt das Verwaltungsgericht in E. 4.3 des Entscheids präzisierend folgendes fest: "Dabei darf die Delegation aber wohl auch im Kanton Thurgau nicht so weit gehen, dass sich die Behörde ihrer vom Gesetz übertragenen Aufgabe gänzlich entzieht und diese muss auch die rechtliche Würdigung selber vornehmen. In welchem Umfang Aufgaben an Dritte delegiert werden dürfen, hängt somit vom Einzelfall ab und ist durch die Behörde genau zu bestimmen und zu bezeichnen. Ein solcher Beizug sollte auch nur sehr zurückhaltend vorgenommen werden, da es sich um genuine Verwaltungsaufgaben handelt. Zudem ist in jedem Fall das Amtsgeheimnis sicher zu stellen, was aber nicht zu grösseren Schwierigkeiten führen dürfte, wenn die beigezogenen Dritten als Hilfspersonen handeln (vgl. Art. 320 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches [StGB], SR 311.0)." Im

konkreten Fall stellte es fest, dass die fachliche Unterstützung dadurch gedeckt sei, dass § 12 VRG eine Ermittlung des Sachverhalts und die Erhebung von Beweisen durch beauftragte Drittpersonen ohne weiteres zulasse. Es lasse sich daher auch nicht beanstanden, dass die Mitarbeiter der H AG an den folgenden Beweiserhebungen teilnahmen bzw. diese durchführten. Zudem sei jeweils auch ein Vertreter des Amtes für Gesundheit (nachfolgend "AfG") anwesend gewesen. Im vertraulichen Untersuchungsbericht habe die H AG in der Folge ihre Erkenntnisse zusammengefasst und Empfehlungen abgegeben. Diese hätten jedoch nicht das weitere Vorgehen gegenüber dem Beschwerdeführer selber betroffen und die H AG habe sich auch nicht zur Frage geäußert, ob dem Beschwerdeführer die Berufsausübungsbewilligung zu entziehen sei oder nicht. Folglich könne vorliegend aber nicht gesagt werden, dass sich das AfG der ihm vom Gesetz übertragenen Aufgaben gänzlich entzogen oder die rechtliche Würdigung nicht selber vorgenommen hätte. Auf die Abklärungen durch die H AG sei daher abzustellen, sofern sie beweisrechtlich zu überzeugen vermöchten (E. 4.4 des Entscheids VG.2023.12/E vom 30. August 2023).

#### **E. 4.4**

Im vorliegenden Fall liegt ein vergleichbarer Sachverhalt vor. Auch hier hat die Y AG Abklärungen durchgeführt und Beweise abgenommen, wobei jedoch ebenfalls ein Vertreter des AfG bei den Inspektionen und Kontrollen anwesend war. Ebenfalls hat die Y AG ihre Ergebnisse im Bericht vom 25. April 2022 zusammengefasst. Jedoch hat sie keine Empfehlungen zum weiteren Vorgehen abgegeben und sich auch nicht dazu geäußert, ob der Beschwerdeführerin die Berufsausübungsbewilligung zu entziehen sei oder nicht. Das AfG hat sich somit seiner von ihm vom Gesetz übertragenen Aufgabe nicht entzogen und die rechtliche Würdigung auch selber vorgenommen. Einem Beizug von Hilfspersonen steht auch nicht entgegen, dass § 48 Abs. 2 KV im Rahmen der Vollzugsdelegation eine Weiterübertragung von vom Regierungsrat übertragenen Geschäften nicht zulässt. Damit wird ein Beizug Dritter zur Ermittlung des Sachverhaltes bei Aufgaben eines Departements nicht verboten.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführerin bringt im Weiteren vor, sollte es sich bei der Delegation an die Y AG nicht um eine (unzulässige) Delegation einer Verwaltungsaufgabe handeln, müsste der Bericht alternativ als ein Sachverständigengutachten qualifiziert werden. Wie ausgeführt wurde, ist die Y AG vom AfG als Hilfsperson und nicht als Sachverständige beigezogen worden, wovon auch die Beschwerdeführerin ausgeht (...). Auf weitere Ausführungen bezüglich eines Sachverständigengutachtens kann daher verzichtet werden. Da der Beizug der Y AG als Hilfsperson somit im Grundsatz rechtmässig war, kann er keinen Nichtigkeitsgrund darstellen.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren eine Missachtung der Ausstandsregeln durch die Rechtsanwältin T (Verwaltungsrätin der Y AG).

#### **E. 5.2**

(Erwägungen aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2022.87/E vom 8. Februar 2023, gemäss welchen bei T der Anschein der Befangenheit bestand, womit die Y AG und insbesondere T nicht mit den Untersuchungen hätten betraut werden dürfen, woraufhin das Verwaltungsgericht jene Beschwerde guthiess, den angefochtenen Entscheid aufhob und

die Sache zu weiteren Abklärungen an die Vorinstanz zurückwies)

### **E. 5.3**

Vorliegend liegt der gleiche Sachverhalt bezüglich des Ausstandes von T vor wie im Entscheid VV.2022.87/E. Es ist somit zumindest von einem Anschein von Befangenheit von T auszugehen. Damit ist der Entscheid der Vorinstanz aber noch nicht automatisch als nichtig zu qualifizieren.

#### **E. 5.4.1**

Unter Verletzung der Ausstandspflicht ergangene Entscheide sind zunächst gültig, aber anfechtbar. Die betroffene Person kann ein Rechtsmittel einlegen und den Antrag stellen, die Beschwerdeinstanz habe den angefochtenen Entscheid aufzuheben oder zu ändern und - soweit nötig - die Wiederholung der fehlerhaften Verfahrensabschnitte anzuordnen. Die Mitwirkung befangener Amtsträger führt nur in besonders gravierenden Fällen zur Nichtigkeit (Feller/Kunz-Notter in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2018, Art. 10 Rz. 36). Dabei ist bei der Annahme von Nichtigkeit mit einer grossen Zurückhaltung vorzugehen (Feller/Kunz-Notter, a.a.O., Art. 10 Fn. 89).

#### **E. 5.4.2**

Im vorliegenden Fall bestehen Anhaltspunkte für eine Befangenheit von T. Dies hätte von der Beschwerdeführerin im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gerügt werden können. T hat jedoch lediglich als Hilfsperson des AfG mitgewirkt. Ihr kam keine Entscheidungsbefugnis zu und sie hat diesbezüglich auch keine Empfehlung abgegeben. Wäre die Befangenheit im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens erfolgreich gerügt worden, hätte dies zudem nicht automatisch zu einem Absehen vom Entzug der Berufsausübungsbewilligung und der Busse, sondern lediglich zu allfälligen weiteren Abklärungen oder einer diesbezüglichen Rückweisung an die Vorinstanz (wie im Verfahren VG.2022.87 erfolgt) geführt. Der Entscheid vom 20. Juni 2022 leidet daher nicht an einem derart schwerwiegenden Mangel, als dass zulasten der Rechtssicherheit (vgl. dazu auch Breitenmoser/Weyeneth in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 10 Rz. 115) eine Nichtigkeit anzunehmen wäre oder massgebliche Anhaltspunkte für eine solche Nichtigkeit vorliegen würden. 5.5, 6. - 8. (...)

### **E. 9**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine genügenden Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit des Entscheids vom 20. Juni 2022 vorliegen. Es bestand daher kein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin auf Erlass einer diesbezüglichen Feststellungsverfügung durch die Vorinstanz. Somit liegt auch keine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung der Vorinstanz vor. Demzufolge ist die Beschwerde somit vollumfänglich abzuweisen. Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2023.129/E vom 3. April 2024 × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close