

4/2003

Nichtöffentlichkeit von Verhandlungen

- *Die vom Regierungsrat in GER 1993 Nr. 2 Kriterien gelten weiterhin, auch nach Inkrafttreten des InfoDG. Bei der Beratung über die Vernehmlassung in einem Beschwerdeverfahren besteht ein schützenswertes verwaltungsspezifisches Interesse an der Nichtöffentlichkeit.*

§ 31 GG

1. Feststellungen

Am 10.02.2003 reichte D., Einwohner von Rodersdorf, beim Regierungsrat, Departement des Innern, eine Aufsichtsbeschwerde ein. Er beschwerte sich darin, dass er zu Unrecht von der Teilnahme am Traktandum 3 „Motion Leitbild E. Spielmann: Beschwerde“ der Gemeinderatssitzung ausgeschlossen worden sei. Am 15.02.2003 verlangte er zusätzlich, dass geprüft werde, was der Gemeinderat in den Traktanden „Information und interne Information“ (Protokoll Nr. 20 vom 26.09.2002) und „interne Beratung“ (Protokoll Nr. 23 vom 31.10.2002) besprochen habe und womit der Nichtöffentlichkeitsbeschluss begründet worden sei.

Das Amt für Gemeinden und soziale Sicherheit stellte in der Folge das Dossier dem kantonalen Informations- und Datenschutzbeauftragten (im folgenden „IDSB“ bezeichnet) zu. Nach umfangreichen Abklärungen gab der IDSB die Empfehlung ab, dass der Gemeinderat D. volle Auskunft, resp. volle Einsicht, in die von ihm gewünschten Auszüge der Protokolle Nr. 20 vom 26.09.2003 sowie Nr. 23 vom 31.10.2002 geben soll. Bezüglich des vom Beschwerdeführer bei Traktandum 3 der Sitzung vom 6.02.2003 bemängelten Ausschlusses der Öffentlichkeit, vertrat der IDSB die Auffassung, dass der Ausschluss zu Recht erfolgt sei. Mit Schreiben vom 2. Juni 2003 tat der Beschwerdeführer kund, dass er mit dieser Antwort nicht zufrieden sei und er weiterhin auf einen Entscheid des Regierungsrates beharre.

2. Erwägungen

2.1. Rechtliches

2.1.1. Rechtliche Grundlage der Aufsichtsbeschwerde

Die Institution der Aufsichtsbeschwerde ist Ausfluss der Aufsichtskompetenz des Regierungsrates über die Gemeinden (vgl. §§ 206 ff des Gemeindegesetzes vom 16.2.1992; GG, BGS 131.1). Um seine Aufsichtskompetenz wahrnehmen zu können, ist der Regierungsrat darauf angewiesen, nicht nur durch die von Amtes wegen vorgenommenen Aufsichtsmassnahmen

zu agieren, sondern auch von den Bürgern und Bürgerinnen direkt auf Fehler oder Missstände aufmerksam gemacht zu werden. Die Aufsichtsbeschwerde ist deshalb explizit in § 211 Abs. 1 GG verankert. Danach kann jede Person und jede staatliche Amtsstelle beim Regierungsrat Aufsichtsbeschwerde einreichen, wenn die Gemeindeverwaltung oder der Finanzhaushalt mangelhaft geführt werden.

2.1.2. Natur der Aufsichtsbeschwerde und Umfang der Aufsichtskompetenz im Gemeindegewesen

Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich nicht um ein förmliches Rechtsmittel. Ihrer Rechtsnatur nach ist sie lediglich eine Anzeige, mit der die Aufsichtskompetenz der Aufsichtsbehörde aktualisiert wird. Sie hat sich deshalb an eine Instanz zu richten, der Aufsichts- oder Disziplinarergewalt über die Stelle, deren Amtsführung beanstandet wird, zusteht. Wann eine übergeordnete Behörde einzuschreiten hat, entscheidet sich nach dem Umfang der Aufsichtskompetenz. Je nachdem, ob es sich um eine Verbands- oder Dienstaufsicht handelt, kann diese enger oder weiter sein. Nach der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre können Verfügungen, Entschiede und Beschlüsse allgemein von einer oberen Aufsichtsbehörde Kraft ihres Aufsichtsrechts nur aufgehoben werden, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind. Für aufsichtsrechtliches Einschreiten genügt es nicht, dass die Aufsichtsbehörde selbst gegenüber einer mit guten Gründen vertretbaren Rechtsauffassung oder Sachverhaltswürdigung einer anderen Auslegung des Gesetzes den Vorzug geben würde oder vom Tatbestandsermessen einen abweichenden Gebrauch machen möchte.

Nach § 211 Abs. 2 GG schreitet deshalb der Regierungsrat entsprechend der Funktion des Aufsichtsrechts und mit Rücksicht auf die Autonomie der Gemeinden nur bei solchen Missständen, Verfügungen, Entschieden oder Versäumnissen eines Gemeindeorgans von Amtes wegen ein, welche das Recht schwerwiegend verletzen oder willkürlich sind.

2.1.3. Behandlung der Aufsichtsbeschwerde im Sinne einer Petition

Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass eine Aufsichtsbeschwerde dem Anzeiger keinen Erledigungsanspruch verleiht (vgl. insbes. Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 145 II c; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, S. 121; Häfelin/Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993, RN 1429; Gadola, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 161 f; Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2. Auflage, Wädenswil 1991, Vorb. §§ 141-150, Ziffer 8.4.1). Trotzdem teilte der Regierungsrat dem Anzeiger regelmässig das Untersuchungsergebnis und die Würdigung des gerügten Sachverhaltes mit (GER 1984 Nr. 4). Da die Aufsichtsbeschwerde als formloser Rechtsbehelf dogmatisch dem Petitionsrecht zuzuordnen ist, hat sich die Rechtstellung des Anzeigers seit dem Inkrafttreten der neuen Kantonsverfassung vom 8. Juni 1986 (KV; BGS 111.1) verbessert. In Anlehnung an Art. 26 KV wird eine Aufsichtsbeschwerde als "Eingabe an die Behörden" wie

eine Petition behandelt. Danach ist die Behörde verpflichtet, dem Petitionär bzw. dem Anzeiger innert Jahresfrist eine begründete Antwort zu geben.

2.2. Aufsichtsrechtliche Prüfung im vorliegenden Fall

Die Frage der Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen betrifft das Öffentlichkeitsprinzip und den Datenschutz. Der IDSB wacht darüber, ob die Bestimmungen über den Zugang zu amtlichen Dokumenten und über den Datenschutz (z.B. § 31 des Gemeindegesetzes, GG, BGS 131.1) im kommunalen und kantonalen Recht eingehalten werden oder nicht. Er führt zudem das gesetzliche Schlichtungsverfahren und kann Empfehlungen abgeben (§§ 32 – 36 des Informations- und Datenschutzgesetzes, InfoDG, BGS 114.1). Vorliegend war deshalb die Zuständigkeit des IDSB durchaus gegeben, auch wenn die Öffentlichkeit der Sitzungen nicht explizit in § 32 InfoDG genannt ist und die formelle Behandlung von Traktanden an einer Gemeinderatssitzung ansonsten vom Regierungsrat geprüft wird. Der IDSB hat der Gemeinde die Herausgabe der verlangten Dokumente empfohlen und seine Ansicht zur Abwicklung der Sitzung vom 6.2.2003 geäußert.

Falls es dem Beschwerdeführer um eine Einsichtnahme ginge, wäre der nächste Schritt dann, dass der Gesuchsteller beim Gemeinderat eine Verfügung über die Herausgabe oder Nichtherausgabe der Dokumente verlangen würde. Sollte die Behörde die Verfügung nicht im Sinn des Gesuchstellers erlassen, stünde ihm gemäss § 39 InfoDG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht offen. Gemäss Abklärungen des die Beschwerde instruierenden Amtes für Gemeinden und soziale Sicherheit hat jedoch der Beschwerdeführer seit der Abgabe der Empfehlungen des IDSB die Dokumente bis heute nicht verlangt. Man kann sich also konkret fragen, ob es ihm wirklich um diese Dokumente geht oder ob er nur eine Prinzipienfrage von der Gemeindeaufsichtsbehörde beantwortet haben will, wie er dies in seinen Eingaben eigentlich auch bekundet.

Betreffend die von ihm gewünschten Auszüge der Protokolle Nr. 20 vom 26.09.2003 sowie Nr. 23 vom 31.10.2002 hat der Beschwerdeführer vom IDSB eine für ihn positive Antwort erhalten. Es ist auch nichts weiter zu ergänzen. Betreffend der Sitzung vom 6.2.2003, welche vom IDSB nicht im Sinne des Beschwerdeführers beantwortet wurde, kann folgendes ausgeführt werden:

Gemäss § 31 Abs. 3 GG kann der Gemeinderat aus wichtigen Gründen die Öffentlichkeit ausschliessen. Wichtige Gründe sind für den Regierungsrat überwiegende öffentliche oder private Interessen im Einzelfall auf Grund einer Interessenabwägung. Als Beispiele nennt der Regierungsrat: Verwaltungsspezifische Interessen wie Festlegung von Verhandlungsmodalitäten bei Landkäufen, Beschwerdeentscheide, Sicherheitsinteressen wie Bau von militärischen Anlagen, in welche eine Gemeinde involviert sein kann sowie der Schutz privater Personen wie Einleitung von Disziplinarmaßnahmen, Steuererlassgesuche, Diskussionen um Personen im Rahmen der Sozialhilfe, Beschwerdeentscheide (siehe Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Totalrevision des Gemeindegesetzes vom 03.04.1990, RRB Nr. 1241, S. 65 und GER 1993 Nr. 2, S. 7 f.).

Das InfoDG hat nun eine Bewusstseinsklärung bewirkt, weil es eines seiner Augenmerke auf die Schnittstelle des Übergangs vom nicht öffentli-

chen zum öffentlichen Teil des Verwaltungshandelns legt und Begriffe rechtlich definiert. § 4 Abs. 2 definiert den Begriff "nicht amtliche Dokumente", also solche Dokumente, zu denen kein Zugangsrecht besteht. § 13 nennt andere Beispiele limitierten oder unzulässigen Zugangs der Öffentlichkeit. Viele dieser öffentlich zugänglichen Dokumente bilden die Grundlage für Beratungen an öffentlichen Sitzungen. D.h. an der Gemeinderatssitzung wird der Inhalt eines bisher nicht öffentlichen Papiers in der Regel durch die Beratung öffentlich. Das ist materiell nichts neues und verlangt diesbezüglich auch keine Praxisänderung. Ansonsten wäre es tatsächlich praktisch unmöglich, öffentliche Sitzungen abzuhalten. Um also über den Ausschluss der Öffentlichkeit zu befinden, ist es wenig hilfreich, § 4 Abs. 2 InfoDG beizuziehen, sondern man kann sich nach wie vor auf die vom Regierungsrat in GER 1993 Nr. 2 aufgestellten Kriterien stützen bzw. die Verfahrensvorschriften der einschlägigen Gesetzgebung (Submissionswesen, Steuerwesen, etc.) beachten.

§ 5 Abs. 2 InfoDG umschreibt die "freie und ungehinderte Meinungsbildung der Behörden" als öffentliches Interesse. Diese Definition isoliert betrachtet, würde eigentlich auch wieder dazu führen, dass mehr oder weniger jede Sitzung als nicht öffentlich deklariert werden könnte, wenn sich Sitzungsteilnehmer durch die Präsenz von Zuhörern gehemmt fühlen. Aus der Botschaft zum InfoDG (Seite 14) geht jedoch hervor, dass es sich aber auch hier wieder um Angelegenheiten handelt, welche in den Kriterienkatalog des Grundsatzentscheides von 1993 eingereiht werden können.

Im konkreten Fall, dem Abfassen einer Vernehmlassung zu einer Beschwerde, geht es genau um eine solche Angelegenheit: es geht nämlich darum, dass der Gemeinderat in einem streitigen Verfahren Partei ist und sich von der Gegenpartei nicht in die Karten schauen zu lassen braucht, weil ihm sonst das Entwickeln einer Strategie verunmöglicht wird. Der Gemeinderat wird wohl kaum etwas dagegen halten können, Protokolle und Unterlagen nach dem Vorliegen des Entscheids einsehen zu lassen. Während des Verfahrens kann er aber durchaus legitime Interessen daran haben, der Gegenpartei nicht Argumente zu liefern, die geeignet sind, einen bevorstehenden Ermessensentscheid mit den fremden Argumenten zu deren Gunsten beeinflussen zu können. Der IDSB hat als Anwendungsbeispiel auf Seite 6 seiner Empfehlung die "Einräumung allfälliger eigener Versäumnisse" des Gemeinderates genannt. Es besteht also ein schützenswertes verwaltungsspezifisches Interesse an der Nichtöffentlichkeit.

3. Schlussfolgerung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass in Bezug auf den Ausschluss der Öffentlichkeit während der Beratung am 6.2.2003 keine Missstände herrschten und somit keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen von Seiten des Regierungsrates gegenüber der Gemeinde notwendig sind. Den Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten hat sich die Gemeinde bisher nicht widersetzt. Der Aufsichtsbeschwerde ist daher keine Folge zu geben.

4. Verfahrenskosten

Die Kosten der Untersuchung können je nach Ausgang dem Beschwerdeführer, der Beschwerdeführerin oder der Gemeinde auferlegt werden (§ 211 Abs. 3 GG).

Bei einer Aufsichtsbeschwerde handelt es sich nicht um ein ordentliches Rechtsmittel. Die Aufsichtsbeschwerde ist lediglich eine Anzeige an eine Aufsichtsbehörde und damit ein sogenannter Rechtsbehelf. Das Gemeindegesetz regelt deshalb diese Materie auch unter dem 11. Titel (Staatsaufsicht) im Gegensatz zu den ordentlichen Beschwerden, die im 10. Titel (Beschwerderecht) verankert sind. Der Begriff "Aufsichtsbeschwerde" ist zwar dogmatisch falsch (richtig wäre "Aufsichtsanzeige"), wird aber dennoch allgemein verwendet. So fand dieser denn auch Eingang in § 211 GG. Die aufgrund einer Aufsichtsbeschwerde durchgeführte Untersuchung entspricht damit nicht einem ordentlichen Beschwerdeverfahren. Der bei einem ordentlichen Gemeindebeschwerdeverfahren nach § 199 GG geltende Grundsatz der Kostenaufgabe gegenüber der unterliegenden Partei (§ 203 GG i.V.m. §§ 37 Abs. 2 i.V.m. 77 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG, BGS 124.11) i.V.m. § 101 der Zivilprozessordnung vom 19. Juni 1966; ZPO, BGS 221.1) kann deshalb nicht ohne Berücksichtigung der anderen rechtlichen Konzeption einer Aufsichtsbeschwerde auf dieses Verfahren angewandt werden. § 211 Abs. 3 GG ist denn auch ganz klar als Kann-Vorschrift formuliert. Dabei handelt es sich nicht um eine Neuerung gegenüber dem alten Gemeindegesetz. Auch da war die Kostenaufgabe gegenüber dem Anzeiger bzw. der Gemeinde als Kann-Vorschrift formuliert (§ 220 Abs. 4a GG).

Bei der Prüfung der Kostenaufgabe im Anschluss an eine aufsichtsrechtliche Untersuchung ist aber auch hier vorab vom Ausgang des Verfahrens auszugehen. Wird der Aufsichtsbeschwerde Folge geleistet, ist zu prüfen, ob die Kosten dem Gemeinwesen auferlegt werden sollen. Wird der Aufsichtsbeschwerde dagegen keine Folge geleistet, so ist die Kostenaufgabe gegenüber dem Anzeiger zu prüfen. Da eine Aufsichtsbeschwerde in erster Linie der Wahrung öffentlicher Interessen dient, ist bei einer Kostenaufgabe gegenüber den anzeigenden Privatpersonen Zurückhaltung zu üben. Eine Überbindung der Untersuchungskosten ist dann angezeigt, wenn die Aufsichtsbeschwerde mutwillig oder nur in eigenen privaten Interessen erfolgte (vgl. insbesondere Gadola, a.a.O., S. 163, mit weiteren Hinweisen).

Es bleibt somit zu prüfen, ob die Aufsichtsbeschwerde vorliegend mutwillig oder in eigenem privaten Interesse erhoben wurde. Da eigenes privates Interesse gemäss der Aktenlage nicht auf der Hand liegt, bleibt die Frage nach der Mutwilligkeit zu klären.

Wie der Beschwerdeführer am 2. Juni selber ausführt, stellt er die Rechtmässigkeit eines Schlichtungsverfahrens gemäss InfoDG in Frage. Er will also nicht anerkennen, dass das Gesetz, aus welchem er Rechte ableitet, gleichzeitig einen Verfahrensweg vorsieht. Er verkennt weiter, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Information und das Öffentlichkeitsprinzip in einem Zusammenhang stehen. Er anerkennt ebensowenig die Legitimation des IDSG, welcher eben nicht nur "Datenschützer" ist, sondern die Gemeinde auch in Informationsfragen berät und selbstverständlich auch das Gemeindegesetz (welches vor Inkrafttreten des InfoDG die wichtigsten Gesetzesbestimmungen zum Öffentlichkeitsprinzip auf Gemeindeebene enthielt) kennt und in seiner Antwort mehrmals auf die auch hier anzuwendende Praxis des Regierungsrates in seinen grundsätzli-

chen Entscheiden verwiesen hat. Nachvollziehbar ist diese Denkweise unter dem Gesichtspunkt, dass er nicht über etwas informiert werden wollte, sondern dass er nicht an der Sitzung teilnehmen durfte. Es ging ihm also nicht um ein materielles (inhaltliches) Informationsanliegen, sondern um ein formelles. Wenn jemand behauptet, die Teilnahme an der Behandlung eines Rechtsstreites sei ihm wichtig, während er an den Inhalten im Nachhinein wenig Interesse zeigt, liegt erfahrungsgemäss und besonders in Anbetracht der in Rodersdorf immer wieder zutage tretenden Konflikte zumindest der Verdacht nahe, dass mit der Teilnahme ein Potenzial geschaffen werden sollte, den Sitzungsverlauf zu beeinflussen. Wenn nicht durch Wortmeldungen, wäre es auch auf subtilere Weise möglich gewesen. Die allgemeinen Erläuterungen des IDSG dazu sind gar nicht so "schleierhaft", wie es der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 2. Juni weismachen will.

Das Beharren auf der Aufsichtsbeschwerde trotz umfangreicher (6-seitiger) Stellungnahme der kantonalen Fachstelle ist als mutwillig zu betrachten. Offenbar interessierte ihn die sachliche Beurteilung seiner Eingabe weniger als das in seiner Beschwerde formulierte Anliegen, dass der Regierungsrat den Gemeinderat rügt.

In Bezug auf die Mutwilligkeit kann überdies dargelegt werden, dass er in voller Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen (Gutachten des IDSB) war und über den Ausgang des Verfahrens eigentlich nicht überrascht sein müsste. Insbesondere wurde erst ein Kostenvorschuss erhoben, als er nach der Stellungnahme des IDSB auf einer Behandlung durch den Regierungsrat insistierte. Es rechtfertigt sich daher, dem Beschwerdeführer mindestens einen Teil der Kosten der Untersuchung durch den Regierungsrat aufzuerlegen. Diese sind entsprechend dem Umfang des Verfahrens festzulegen § 3 i. v. m. § 17 des Gebührentarifs vom 24. Oktober 1979 (BGS 615.11) und betragen nach einer Vollkostenrechnung Fr. 2'200.--.

Da nach bisheriger Praxis Vollkosten in gemeinderechtlichen Verfahren in der Regel nicht vollständig überwält werden, hat sich der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall mit der Hälfte, also Fr. 1'100.--, daran zu beteiligen.

(Regierungsratsbeschluss vom 11. November 2003)