

VIII. Wahlen und Abstimmungen

38 Gemeindebeschwerde

- **Zulässigkeit der Teilnahme und Wortmeldung eines externen Experten an einer Gemeindeversammlung**
- **Abstimmungsprozedere (Korrekturmöglichkeit bei falscher Abstimmungsfrage)**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 12. Januar 2017, i.S. Einwohnergemeinde S. gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2016.418)

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Im Hinblick auf die Teilnahme und die Wortmeldung des externen Projektleiters an der Gemeindeversammlung führt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zunächst aus, dass einer Teilnahme nicht stimmberechtigter Personen an einer Gemeindeversammlung grundsätzlich nichts entgegenstehe, Gästen indessen keine Mitwirkungsrechte zukämen. Insbesondere sei es Gästen nicht erlaubt, sich zu Sachgeschäften zu äussern. Ein Abweichen toleriere die Praxis nur in den Fällen, in denen Fachleute ein Projekt erläutern sollten. Es sei dem Gemeinderat gestattet, auswärtige Experten für die Präsentation eines Geschäfts und die Beantwortung allfälliger Fragen beizuziehen. Diese Fachleute dürften jedoch keine Voten für oder gegen eine Vorlage abgeben und hätten bei ihren Ausführungen strikt neutral zu bleiben. Hier habe der externe Projektleiter – auf entsprechende Aufforderung des Gemeindeammans hin – ein etwa 10-minütiges Statement zur Rechtsformänderung abgegeben. Dabei habe er verschiedene Aspekte der Umwandlung thematisiert. Eine direkte Empfeh-

lung zur Annahme habe er nicht abgegeben. Allerdings habe er eher die Chancen der Rechtsformänderung betont, auch wenn er die Nachteile nicht ganz verschwiegen habe. Insgesamt und auch aufgrund der Dauer seines Statements wirkten die Ausführungen des Projektleiters aber wie ein Votum zugunsten der Rechtsformänderung. Er habe Aussagen zu Bereichen gemacht, die politisch zu bewerten seien, wie etwa die Entschädigung des Verwaltungsrats oder die Möglichkeit der Einflussnahme der Gemeindeversammlung auf die Tarifgestaltung im heutigen System. Damit gehe das Votum des Projektleiters über das von der Rechtsprechung Erlaubte hinaus. Es verletze das Gebot der Sachlichkeit und sei demzufolge als unerlaubte Einflussnahme auf die Willensbildung zu qualifizieren.

2.2.

Die Beschwerdeführerin macht unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu behördlichen Erläuterungen zu Abstimmungsvorlagen geltend, die Abstimmungsfreiheit sei nur dann verletzt, wenn ein vom Gemeinderat beigezogener Experte die Pflicht zur objektiven Information verletze. Genau das sei hier aber nicht der Fall. Der Experte habe auch gemäss der Vorinstanz keine Empfehlung zur Annahme der Vorlage abgegeben, er habe Vor- und Nachteile aufgezeigt. Dass sein Auftritt nicht übertrieben gewesen sei, gehe auch aus einem Vergleich der Redezeit des Experten im Verhältnis der ganzen Beratung des Traktandums hervor: Der externe Projektleiter habe während 10 Minuten gesprochen, während die Beratung zum Traktandum Rechtsformänderung 79 Minuten gedauert habe; er habe somit rund 1/8 der Zeit in Anspruch genommen, womit er sicher nicht in unangemessener Weise als Hauptvotant aufgetreten sei. Nicht haltbar sei auch der Vorwurf, der Experte habe das Gebot der Sachlichkeit verletzt. Alle Aussagen des Experten seien objektiv und enthielten keine falschen Informationen. Dies ergebe eine Analyse der korrekt protokollierten Aussagen des Experten. Sein Votum könne daher nicht als Begründung für die Aufhebung des Beschlusses der Gemeindeversammlung herangezogen werden.

2.3.

In ihrer Stellungnahme zur Beschwerde führt die Vorinstanz aus, die Aufgabe von vom Gemeinderat zur Versammlung eingeladen-

nen Fachleuten beschränke sich darauf, in der Phase der Präsentation eines Geschäfts Informationen zum besseren Verständnis des Geschäfts zu vermitteln. Später – in der Phase der Beratung – sollten sie zur Beantwortung von Fragen zur Verfügung stehen. Hingegen seien die Experten nicht dazu da, die Vorteile einer Vorlage herauszustreichen und den Teilnehmenden zu erklären, weshalb der Gemeinderat die Vorlage befürworte. Das sei und bleibe Aufgabe des Gemeinderats. Eine Grenze der Mitwirkung sei somit überschritten, wenn der Experte weder das Projekt erläutere und erkläre noch auf entsprechende Fragen antworte. Sei das Projekt einmal erläutert und würden in der nachfolgenden Diskussion keine Fragen gestellt, sei eine weitere Mitwirkung von Experten unnötig. Weitere Voten von ihnen seien dann unzulässig. Hier habe keine Veranlassung für ein Expertenvotum bestanden. Gegen Mitte der Beratung seien verschiedene, eher ablehnende Voten vorgebracht worden. Als Folge davon habe der Gemeindeammann als Versammlungsleiter den externen Projektleiter als Fachmann ans Mikrofon gebeten und aufgefordert, sich zur Vorlage zu äussern. Dementsprechend sei nicht verwunderlich, dass dieses Votum in erster Linie als Verteidigungsrede zur Vorlage ausgefallen sei. Der Fachmann habe dabei noch einmal die Vorteile der Vorlage herausgestrichen und damit aktiv auf den Willensbildungsprozess der Stimmbürger Einfluss genommen. Die Problematik bei Äusserungen von Fachleuten bestehe schliesslich auch darin, dass ihnen naturgemäss eine höhere Glaubwürdigkeit zukomme und dass ihnen eine Unparteilichkeit zugestanden werde, welche zumeist aber nicht bestehe, da sie letztlich auf Auftragsbasis vom Gemeinderat bezahlt würden. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass gerade dieses Votum des Experten für die Rechtsformänderung noch einige unschlüssige Personen dazu bewogen habe, sich für die Vorlage zu entscheiden.

2.4.

2.4.1.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ordnet die Problematik von Informationen an Gemeindeversammlungen durch Mitglieder der Gemeindeexekutive und/oder durch Experten, die vom Gemeinderat für die Behandlung von Geschäften, welche besondere

Fachkenntnisse erfordern, beigezogen wurden, in den allgemeinen Zusammenhang behördlicher Informationen bei Volksabstimmungen ein (vgl. etwa BGE 135 I 292 Erw. 4.2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2014 [1C_149/2014] Erw. 4.2.). Das überzeugt, geht es doch auch bei der Information im Hinblick auf eine Gemeindeversammlung (schriftliche Einladung mit Erläuterungen der zu behandelnden Geschäfte) ebenso wie bei vom Gemeinderat und/oder einem von ihm beigezogenen Experten anlässlich der Gemeindeversammlung selbst erteilten Informationen darum, den zulässigen Inhalt und das Ausmass von Informationen zu beurteilen, welche behördenseitig an den Stimmbürger abgegeben werden. Insoweit spielt es daher grundsätzlich keine Rolle, ob es um eine Urnenabstimmung oder um eine Abstimmung in offener Versammlung geht.

2.4.2.

Für Gemeindeversammlungen gilt, dass Gemeindebehörden – gleich wie in Abstimmungserläuterungen vor Volksabstimmungen – Vorlagen erklären und zur Annahme empfehlen dürfen. Die Behörden sind dabei zur Objektivität verpflichtet, sie dürfen Zweck und Tragweite einer Vorlage nicht falsch darstellen. Dem Erfordernis der Sachlichkeit genügen Informationen, wenn die Aussagen wohl abgewogen sind und beachtliche Gründe dafür sprechen, wenn sie ein umfassendes Bild der Vorlage mit Vor- und Nachteilen abgeben und den Stimmberechtigten eine Beurteilung ermöglichen oder wenn sie trotz einer gewissen Überspitzung nicht unwahr und unsachlich bzw. lediglich ungenau und unvollständig sind. Das Gebot der Sachlichkeit verbietet, in den Erklärungen für den Entscheid der Stimmbürger wichtige Elemente zu unterdrücken oder Argumente von gegnerischen Referendums- oder Initiativkomitees falsch wiederzugeben (BGE 135 I 292 Erw. 4.2.; Urteil des Bundesgerichts vom 28. Mai 2014 [1C_149/2014] Erw. 4.2.).

2.4.3.

Für die hier zu beurteilende Angelegenheit bedeutet dies, dass der Gemeinderat befugt war, einen externen Experten für die Erläuterung der Vorlage betreffend Rechtsformumwandlung der Technischen Betriebe S. hinzuzuziehen. Die Vorinstanz will jedoch

hinsichtlich der zulässigen Interventionen von Experten an Gemeindeversammlungen enge Grenzen ziehen, indem sie es grundsätzlich nur als zulässig ansieht, dass ein Experte in der Phase der Präsentation einer Vorlage für Informationen zum besseren Verständnis zur Verfügung steht. Später, in der Phase der Beratung sollen externe Experten nur noch zur Beantwortung von Fragen zur Verfügung stehen. Sie sollen dagegen nicht die Vorteile einer Vorlage herausstreichen und den Versammlungsteilnehmenden erklären, weshalb der Gemeinderat eine Vorlage befürwortet.

Das von der Vorinstanz verfolgte Anliegen ist verständlich und verdient Anerkennung. Eine unzulässige Beeinflussung der Meinungsbildung in der Gemeindeversammlung durch Personen, die an dieser nicht stimmberechtigt sind, muss verhindert werden. Es geht nicht an, dass dann, wenn bei der Diskussion über eine Vorlage in der Gemeindeversammlung die gegen die Vorlage des Gemeinderats gerichtete Meinung die Oberhand zu gewinnen droht, ein vom Gemeinderat zugezogener Experte (quasi als "deus ex machina") kraft seines Fachwissens und gegebenenfalls auch seiner Eloquenz Einfluss auf die Gemeindeversammlung nimmt und durch seine Intervention zugunsten einer Vorlage dafür sorgt, dass diese dann doch angenommen wird. Ein solches Vorgehen würde den Rahmen der zulässigen Behördeninformation im Hinblick auf die Meinungsbildung der Stimmbürger überschreiten. Wie gerade die hier zu beurteilende Angelegenheit zeigt, geht die Vorinstanz indessen in ihren Anforderungen, welche sie für die zulässige Intervention eines externen Experten an einer Gemeindeversammlung aufstellt, zu weit. Die Zulässigkeit von Expertenäußerungen auf die Phase der Präsentation einer Vorlage bzw. die Teilnahme von Experten an der anschliessenden Diskussion über eine Vorlage auf die strikte Beantwortung von Fragen zu beschränken, ist nicht erforderlich, um eine unverfälschte Willensbildung in der Versammlung zu ermöglichen.

Hier hat der Experte zwar an der Diskussion über die Vorlage teilgenommen. Seine Ausführungen waren aber weder vom zeitlichen Umfang her noch vor allem inhaltlich von einem derartigen Gewicht, dass es die Meinungsbildung in der Versammlung verfälscht und insoweit das Stimmrecht der teilnehmenden Stimmbürger ver-

letzt hätte. Bei einer Gesamtlänge der Verhandlungen über das Traktandum 6 Rechtsformänderung der Technischen Betriebe S. von rund 70 Minuten (Zeit von der Vorstellung des Traktandums bis zum Beginn der Abstimmung über das Geschäft) nahmen die Ausführungen des externen Experten ca. 9 ½ Minuten (d.h. etwas mehr als 13%) der gesamten Redezeit in Anspruch. Damit hatte das Votum des Experten zwar durchaus Gewicht; weder bezogen auf die gesamte Dauer der Diskussion noch im Vergleich zu anderen Diskussionsäusserungen (es gab auch andere längere Voten, welche die Vorlage ablehnten) kam dem Expertenstatement damit indessen übergrosses Gewicht zu. Der Experte richtete auch nicht etwa einen flammenden Appell für die Annahme der Vorlage an die Versammlungsteilnehmenden, sondern erläuterte diesen vielmehr verschiedene Vor- aber auch Nachteile der Vorlage. Er wies eingangs darauf hin, dass mit der Rechtsformänderung die sich am Markt bietenden Chancen für die Technischen Betriebe S. besser würden wahrgenommen werden können. Anschliessend hob er hervor, dass die Rechtsformänderung nicht zu einer Kostensenkung führen werde. Auch seine weitere Aussage, dass Wasser- und Abwasserversorgung wegen des Versorgungsauftrags der Gemeinde nicht in die Rechtsformänderung einbezogen würden, ist nicht zu beanstanden. Die Aussage, dass der Gemeinderat die Aufsicht über das umgewandelte Unternehmen haben werde, ist ebenfalls zutreffend. Ob der neu nach den Regeln des Aktienrechts zu erstellende Geschäftsbericht und die Jahresrechnung, wie der Experte ausführte, zu einer höheren Transparenz führen werden, liegt zwar nicht auf der Hand (für Transparenz könnte ebenso durch besondere Vorschriften über die Rechnungslegung der Technischen Betriebe als unselbstständige Behörde gesorgt werden), ist aber auch nicht als geradezu falsch einzustufen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz betreffen im Übrigen die Bemerkungen des Experten zur Frage der Entschädigung des Verwaltungsrats und zur Möglichkeit der Einflussnahme auf die Tarifgestaltung zwar politische Fragen. Die Ausführungen sind jedoch zutreffend und erscheinen als ausgewogen: Mit Blick auf die Bestellung und Entlohnung des Verwaltungsrats der mit der Rechtsformumwandlung entstehenden Aktiengesellschaft machte der Experte lediglich darauf

aufmerksam, dass die betreffende Entscheidkompetenz beim Gemeinderat liegen werde und dass die in der Versammlung geäusserten Befürchtungen hinsichtlich hoher Verwaltungsrats honorare unbegründet seien; dass der Experte in diesem Zusammenhang darauf hinwies, dass er selbst in einer anderen Gemeinde ein solches Verwaltungsratsmandat ausübe, das mit einem relativ bescheidenen jährlichen Betrag von Fr. 1'500.00 abgegolten werde, ist nicht zu beanstanden. Mit Bezug auf die Gestaltung der Tarife verschwieg der Experte sodann nicht, dass es diesbezüglich einen gewissen Spielraum gebe, der bei Annahme der vorgeschlagenen Rechtsformänderung in Zukunft nicht mehr von der Gemeindeversammlung, sondern von den zuständigen Organen der zu gründenden Gesellschaft genutzt werden könne. Gleichzeitig wies der Experte darauf hin, dass dieser Spielraum angesichts des engen bundesrechtlichen Rahmens, des Fehlens einer kantonalrechtlichen Regelungskompetenz sowie der Aufsichtskompetenz der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom) beschränkt sei (vgl. zur Zuständigkeit zur Tarifgestaltung und zur Überprüfungskompetenz der ElCom ausführlich das Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juli 2016 [2C_681/682/2015]; insbes. Erw. 3.6.2. und 4.5.2.). Auch diese Aussagen zur Tarifgestaltung treffen zu; sie können auch nicht als Plädoyer für die Rechtsformänderung – etwa im Sinne: die ElCom bestimmt sowieso über die Tarife, also ist es auch egal, wenn die Gemeindeversammlung dazu nichts mehr zu sagen hat – verstanden werden. Insgesamt ist damit festzuhalten, dass das zeitlich massvolle Votum des Experten infolge seines sachlich zutreffenden, auch negative Punkte einer allfälligen Rechtsformänderung berücksichtigenden Inhalts nicht geeignet war, die Meinungsbildung der Versammlungsteilnehmer in unzulässiger Weise zu beeinflussen. Für die Teilnehmer an der Gemeindeversammlung war zudem – schon aufgrund der mit der Versammlungseinladung offen gelegten Funktion des Experten als externer Projektleiter des Projekts Rechtsformänderung und des in der Versammlung wiederholten Hinweises, dass er zum Beratungsteam des Gemeinderats gehöre – klar erkennbar, dass der Experte in seiner Funktion als externer und damit vom Gemeinderat bezahlter Vertreter eine Meinungsäusserung abgab. Zwar ist mit der Vorinstanz bei

der Äusserung von Expertenmeinungen an Gemeindeversammlungen im Hinblick auf die Meinungsbildung der Versammlungsteilnehmer durchaus eine gewisse Zurückhaltung zu verlangen. Ein einseitiges oder gar auch schon ein unverhältnismässig langes Expertenvotum, durch welches die Stimmbürger sich gewissermassen "überfahren" fühlen, kann durchaus eine unzulässige Beeinflussung der Meinungsbildung in einer Gemeindeversammlung darstellen. Ein solcher Fall liegt hier aber unter Würdigung der gesamten Umstände (noch) nicht vor.

3.

Zu beurteilen bleibt damit, ob das Abstimmungsprozedere Anlass zur Annahme gibt, das Resultat, nämlich die Annahme der vorgeschlagenen Rechtsformänderung mit 56 Ja- gegen 50 Nein-Stimmen drücke den Willen der Stimmbürger nicht aus bzw. es sei unsicher, ob wirklich eine Mehrheit der anwesenden Stimmbürger der Vorlage zugestimmt habe.

Aus der Tonaufzeichnung der Versammlung ergibt sich klar, dass der Gemeindeammann zunächst – zutreffend – über den Antrag des Stimmbürgers A.G., für den Fall der Rechtsformänderung sei die Firma Technische Betriebe AG S. anstelle des vom Gemeinderat vorgeschlagenen Namens Technische Betriebe S. AG zu wählen, abstimmen liess. Dieser Antrag unterlag klar mit nur drei befürwortenden Stimmen. Daran anschliessend liess der Gemeindeammann über den Antrag des Gemeinderats auf Rechtsformänderung abstimmen, verwendete dabei indessen fälschlicherweise den von der Versammlung bereits abgelehnten Namen Technische Betriebe AG S. Während der Auszählung der für bzw. gegen diesen Antrag abgegebenen Stimmen machte dann der Gemeindeammann die Versammlung darauf aufmerksam, dass er falsch habe abstimmen lassen, und versuchte unmittelbar, über den nunmehr korrigierten Antrag abstimmen zu lassen. In der Tonaufnahme sind keine Äusserungen hörbar, welche darauf schliessen lassen, dass die Auszählung in diesem Moment bereits beendet und das Resultat der ersten Abstimmung bekannt gewesen wäre. Eine entsprechende Behauptung brachte A.G. in seiner Beschwerde an die Vorinstanz vor. Die Vorinstanz stellte zutreffend fest, dass sich diese Aussage nicht verifizieren lasse. Wei-

ter hielt sie jedoch fest, auf der Tonbandaufnahme sei eine gewisse Unruhe feststellbar; zudem habe sich ein Versammlungsteilnehmer dahingehend geäußert, dass er mit dem Vorgehen nicht einverstanden sei. Daraus leitete die Vorinstanz ab, dass das Ergebnis bei der ersten Abstimmung anders gelaute hätte, jedenfalls berechnete Zweifel am Endresultat aufkamen.

Die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung überzeugt nicht. Zum einen fehlt auf der Tonbandaufnahme jeglicher Hinweis darauf, dass das Ergebnis der ersten Abstimmung eine Mehrheit gegen den (falsch formulierten) Antrag des Gemeinderats erbracht hätte. Die Unruhe entstand, wie sich aus dem Tonaufnahme ergibt, nicht durch den Versuch des Gemeindeamanns, nochmals abstimmen zu lassen, sondern durch sein dabei gewähltes Vorgehen. Er versuchte nämlich zunächst, unmittelbar nochmals die Abstimmung durchzuführen, was für eine gewisse Verwirrung und damit verbunden Unruhe im Saal sorgte. Diese Situation meisterte der Gemeindeamann, indem er sich bei der Versammlung für seinen Fehler bei der ersten Abstimmung entschuldigte und nochmals explizit den ursprünglichen Antrag des Gemeinderats, nunmehr mit dem richtigen Namen formulierte und dann über diesen abstimmen liess. Nach dieser Abstimmung reklamierte ein einziger Teilnehmer und behauptete, das Vorgehen sei nicht korrekt, woraufhin der Gemeindeamann auf die Möglichkeit der Gemeindebeschwerde aufmerksam machte. Insgesamt ergibt sich damit, dass der Gemeindeamann einen Fehler bei der Durchführung der Abstimmung, auf den er aus der Mitte der Versammlung aufmerksam gemacht wurde, ordnungsgemäss korrigierte.

Hinweise auf den Versuch einer Manipulation der Versammlung durch den Gemeindeamann fehlen vollständig. Es ist zwar nicht undenkbar, dass sich bei der ersten Abstimmung ein anderes Resultat ergeben hat. Dabei ist aber immerhin auszuschliessen, dass ein klar negatives Ergebnis für den – falsch formulierten – Antrag des Gemeinderats resultierte, wie dies A.G. (bezeichnenderweise nicht in seiner Beschwerde ans DVI, sondern erst in der Replik im Beschwerdeverfahren) behauptete (vgl. Replik, S. 2, wonach ein Blick in den Saal deutlich gezeigt habe, dass die Abstimmung klar zu Ungunsten

des Gemeinderats ausgegangen sei). Andernfalls hätte die Versammlung mit Sicherheit nicht ohne weiteres die Durchführung einer zweiten Abstimmung über den Antrag des Gemeinderats akzeptiert. Ein knappes anderes Ergebnis bei einer ersten nicht bzw. nicht vollständig ausgezählten Abstimmung würde aber entgegen der Auffassung der Vorinstanz schon deshalb nicht schaden, weil diese erste Abstimmung eben zu einem klar falsch formulierten Antrag stattfand und damit nicht auszuschliessen wäre, dass dieses Ergebnis zumindest zum Teil dem Fehler in der Abstimmungsfrage anzulasten war. Unabhängig von der Beweiswürdigung durch die Vorinstanz hinsichtlich des Ergebnisses der ersten Abstimmung war es somit nicht nur zulässig, sondern geboten, dass der Gemeindeammann die Abstimmung mit der nunmehr zutreffend formulierten Abstimmungsfrage nochmals durchführte. Fehler bei der Durchführung von Abstimmungen kommen erfahrungsgemäss in der Praxis nun einmal vor, zumal Gemeindeversammlungen regelmässig von Milizgemeinderäten und nicht etwa von professionell geschulten Versammlungsleitern durchgeführt werden. Korrigiert ein nicht professioneller Versammlungsleiter einen Fehler bei der Durchführung einer Abstimmung derart gekonnt und klar, wie dies der Gemeindeammann von S. hier tat, so zeigt er damit, wie gelebte Versammlungsdemokratie in einem Milizsystem funktionieren kann und soll. Das Ergebnis der zweiten Abstimmung fiel klar, wenn auch nicht überaus deutlich aus. Es wäre offensichtlich überzogen und einer gelebten Versammlungsdemokratie nicht dienlich, dieses klare Ergebnis nicht anzuerkennen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Damit ist der Beschluss der Gemeindeversammlung betreffend Traktandum 6 Änderung der Rechtsform der Technische Betriebe S. in die Technische Betriebe S. AG ohne weitere Anordnungen wieder hergestellt.