

GROSSER GEMEINDERAT

Parlamentarische Untersuchungskommission Sozialbehörde der Stadt Opfikon
c/o Advokaturbüro Egg Gwerder Spescha
Langstrasse 4
8004 Zürich
www.opfikon.ch

ZWISCHENBERICHT DER PARLAMENTARISCHEN UNTERSUCHUNGSKOMMISSION SOZIALBEHÖRDE DER STADT OPFIKON VOM 15. NOVEMBER 2016



STADT OPFIKON



Opfikon, 15. November 2016

Sehr geehrter Herr Gemeinderatspräsident

Sehr geehrte Damen und Herren Gemeinderätinnen und Gemeinderäte

Wir unterbreiten Ihnen den nachfolgenden Zwischenbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission Sozialbehörde der Stadt Opfikon zur Kenntnisnahme.

Im Namen der Kommission

Der Präsident:
Sven Gretler

Der Sekretär:
Davide Loss



Stand der Untersuchung und causa "Anwaltskosten" – Zwischenbericht an den Grossen Gemeinderat

1. Zusammenfassung	5
2. Allgemeine Vorbemerkungen	8
2.1. Ausgangslage	8
2.2. Verfahren	10
2.2.1. Gesetzliche Grundlagen.....	10
2.2.2. Ermittlung des Sachverhalts und Beweiserhebung.....	10
2.2.3. Akteneinsichtsrecht.....	11
2.2.4. Amtsgeheimnis.....	11
2.2.5. Beteiligung des Stadtrats am Verfahren.....	11
3. Stand der Untersuchung	11
4. Zuständigkeit der PUK für die causa "Anwaltskosten"	13
5. Sachverhalt (causa "Anwaltskosten")	16
6. Stellungnahmen der Betroffenen	19
6.1. Stellungnahmen zur Frage der fehlenden gesetzlichen Grundlage	20
6.1.1. Stellungnahme des Stadtrats.....	20
6.1.2. Stellungnahme der Sozialbehörde.....	21
6.2. Stellungnahmen zum Zwischenbericht	21
6.2.1. Stellungnahme des Stadtrats.....	21
6.2.2. Stellungnahme der Sozialbehörde.....	24
7. Erwägungen	27
7.1. Rechtliche Aspekte	27
7.1.1. Vorbemerkungen.....	27
7.1.2. Fehlende gesetzliche Grundlage.....	28
7.1.3. Unzuständiges Organ.....	30
7.1.4. Verhältnismässigkeit der Kosten.....	31
7.1.5. Fazit.....	32
7.1.6. Verwaltungsrechtliche Folgerungen.....	32
7.1.7. Strafrechtliche Folgerungen.....	33
7.2. Politische Beurteilung	35
8. Zu den Stellungnahmen	36
8.1. Zur Stellungnahme des Stadtrats	36
8.2. Zur Stellungnahme der Sozialbehörde	38
9. Anträge an den Gemeinderat	40
10. Anhänge	41



1. Zusammenfassung

Mit Beschluss des Grossen Gemeinderats Opfikon (nachfolgend: Grosser Gemeinderat) vom 30. März 2015 wurde die Parlamentarische Untersuchungskommission Sozialbehörde der Stadt Opfikon (nachfolgend: PUK) eingesetzt. Die PUK soll insbesondere abklären, ob die Führung und Organisation der Abteilung Soziales adäquat wahrgenommen wurde, dies unter anderem vor dem Hintergrund der gesundheitlichen Einschränkungen der zuständigen Stadträtin.

Die Rechnungsprüfungskommission des Grossen Gemeinderats Opfikon (nachfolgend: RPK) ist im Rahmen einer Belegkontrolle auf eine Zahlung der Stadtkasse an Stadträtin Beatrix Jud Wenger in der Höhe von CHF 10'000.00 gestossen.

Nach Rücksprache mit dem Gemeindeamt des Kantons Zürich übermittelte die RPK der PUK am 15. April 2016 den Beschluss der Sozialbehörde vom 8. Dezember 2015 (inkl. Erwägungen), die Honorarnote des Rechtsvertreters von Stadträtin Beatrix Jud Wenger, Rechtsanwalt S., sowie den entsprechenden Auszahlungsbeleg.

Aufgrund des engen Zusammenhangs mit dem von der PUK geführten Untersuchungsverfahren bat die RPK die PUK, den Sachverhalt zu untersuchen. Die Untersuchung der PUK ergab – zusammengefasst – was folgt:

Stadträtin Beatrix Jud Wenger liess sich im Zusammenhang mit der Untersuchung der PUK durch Rechtsanwalt S. *beraten*, dies insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausstandsverfahren gegen Gemeinderat Richard Muffler, das Stadträtin Beatrix Jud Wenger in eigenem Namen anstrebte, nachdem der Stadtrat von einem solchen Ausstandsbegehren ausdrücklich abgesehen hatte. Hierbei fielen ihr Kosten von CHF 17'644.35 an. Rechtsanwalt S. wirkte lediglich beratend und trat gegen aussen nicht in Erscheinung; Stadträtin Beatrix Jud Wenger mandatierte Rechtsanwalt S. in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, insbesondere ohne eine Kostengutsprache beim Stadtrat einzuholen.

Nachdem die besagten Anwaltskosten angefallen waren, ersuchte Stadträtin Beatrix Jud Wenger den Stadtpräsidenten Paul Remund, Stadtrat Valentin Perego (Finanzvorsteher) und Stadtschreiber Hans-Rudolf Bauer, um Übernahme dieser Kosten. Diese holten



bei Rechtsanwalt R. ein Kurzgutachten ("Memorandum") ein. Rechtsanwalt R. kam in seinem ausführlichen Memorandum zum Schluss, es bestehe keine Rechtsgrundlage, die es erlaubte, einem Stadtratsmitglied die im Zusammenhang mit dem Bezug eines Rechtsanwalts im Rahmen einer parlamentarischen Untersuchung anfallenden Kosten zu ersetzen. Ausserdem, so Rechtsanwalt R., seien vorliegend Anwaltskosten von CHF 17'644.35 offensichtlich unverhältnismässig hoch, angemessen sei allenfalls ein Aufwand von „grosszügig berechneten rund Fr. 5'000.– zuzüglich MWST“. Entsprechend wären – selbst wenn Anspruch auf Kostenersatz bestehen würde – maximal CHF 5'400.00 zu vergüten. Ausserdem enthalte die Detailrechnung von Rechtsanwalt R. „eine Vielzahl von Positionen, die mit den getätigten rechtlichen Handlungen nichts zu tun“ hätten, u.a. Korrespondenz mit dem Ehemann von Stadträtin Beatrix Jud Wenger.

Der Stadtpräsident, der Finanzvorsteher und der Stadtschreiber teilten Stadträtin Beatrix Jud Wenger gestützt auf das Ergebnis dieses Memorandums mit, die persönlichen Rechtsberatungskosten könnten von der Stadt Opfikon mangels gesetzlicher Grundlage nicht übernommen werden. Auch sei kein Kredit gesprochen worden und der Stadtrat habe keinen Auftrag erteilt.

Darauf gelangte Stadträtin Beatrix Jud Wenger mit identischem Gesuch an die von ihr präsidierte Sozialbehörde der Stadt Opfikon (nachfolgend: Sozialbehörde), die mit im Nebenamt tätigen Laien besetzt ist. Diese hiess das Gesuch mit Beschluss vom 8. Dezember 2015 – unter Ausstand von Stadträtin Beatrix Jud Wenger – teilweise gut und sprach Letzterer eine Kostenübernahme in der Höhe von CHF 10'000.00 zu.

Sodann gelangte Stadträtin Beatrix Jud Wenger wiederum an den Stadtrat mit dem Begehren, ihr seien die restlichen, von der Sozialbehörde nicht übernommenen CHF 7'644.35 an Rechtsberatungskosten zu vergüten. Der Stadtrat wies das Gesuch mit Beschluss vom 22. Dezember 2015 ab.

Die PUK teilt die Auffassung von Rechtsanwalt R. – auch nach eigenen Abklärungen – weitgehend. So vermochte denn auch im Rahmen der Untersuchung der PUK keiner der Verfahrensbeteiligten (Stadtrat, Stadträtin Beatrix Jud Wenger, Sozialbehörde, Mitglieder der Sozialbehörde) oder deren Rechtsvertreter eine gesetzliche Grundlage für die Zahlung zu nennen.



Die PUK erachtet das Vorgehen von Stadträtin Beatrix Jud Wenger in verschiedener Hinsicht als äusserst fragwürdig. Stadträtin Beatrix Jud Wenger scheint mit allen Mitteln – teilweise erfolgreich – versucht zu haben, eine wohl ungerechtfertigte Vergütung von Anwaltskosten durch die Stadt zu erwirken. Sie trug den identischen Antrag, der – gestützt auf eine juristische Expertise – zuvor vom Stadtrat abgelehnt worden war, in die von ihr präsidierte Sozialbehörde, die für die Ausrichtung der Rechtsvertretungskosten unzuständig gewesen sein dürfte.

Davon ausgehend, dass die Zahlung von CHF 10'000.00 durch die Sozialbehörde an Stadträtin Beatrix Jud Wenger aus öffentlich-rechtlicher Sicht unrechtmässig war, kommt ein von der PUK in Auftrag gegebenen strafrechtliches Kurzgutachten zum Schluss, dass strafbares Verhalten der beteiligten Behördenmitglieder vorliegen könnte. Es gilt die Unschuldsvermutung. Fraglich ist u.a., ob die Behördenmitglieder bewusst eine unrechtmässige Zahlung beabsichtigt haben (bzw. ob der subjektive Tatbestand erfüllt ist). Dies vermag die PUK nicht zu beurteilen. Vielmehr würde allenfalls eine Strafuntersuchung eine Klärung herbeiführen. Die PUK beantragt dem Grossen Gemeinderat, die Geschäftsprüfungskommission mit der Prüfung zu beauftragen, ob eine Strafanzeige gegen Unbekannt zu erstatten sei. Zu einer Strafanzeige verpflichtet ist weder die PUK noch der Grosse Gemeinderat.

Unabhängig von der Frage, ob strafrechtlich relevantes Verhalten zu bejahen ist, ist die PUK der Auffassung, dass Stadträtin Beatrix Jud Wenger die wohl unrechtmässig ausgerichteten CHF 10'000.00 der Stadtkasse zurückerstatten sollte. Die PUK beantragt dem Gemeinderat deswegen, den Zwischenbericht dem Bezirksrat Bülach zuzustellen, verbunden mit dem Antrag, aufsichtsrechtliche Schritte einzuleiten, insbesondere die Rückforderung der bezahlten CHF 10'000.00 anzuordnen und den Grossen Gemeinderat über den Gang und das Resultat des Aufsichtsverfahrens zu informieren.

Das Ergebnis der allgemeinen Untersuchung der PUK soll später in einem Schlussbericht, losgelöst von der Frage der fraglichen Zahlung, erörtert werden. Insbesondere aufgrund des Umstands, dass die fragliche Zahlung bereits anlässlich der Genehmigung der Jahresrechnung 2015 eine gewisse Publizität erfuhr, erachtet die PUK es jedoch als ange-



zeigt, dem Grossen Gemeinderat den vorliegenden Zwischenbericht zu erstatten bzw. die Frage der Vergütung der Anwaltskosten nicht erst im Schlussbericht zu thematisieren.

2. Allgemeine Vorbemerkungen

2.1. Ausgangslage

Mit Beschluss des Grossen Gemeinderats vom 30. März 2015 wurde die PUK eingesetzt. Als Mitglieder der PUK wurden folgende Personen gewählt:

- Gemeinderat Sven Gretler (Präsident),
- Gemeinderat Björn Blaser,
- Gemeinderat Reto Bolliger,
- Gemeinderat Paul Christ,
- Gemeinderat Richard Muffler.

Gemäss Dispositivziffer 1 des Beschlusses des Grossen Gemeinderats vom 30. März 2015 lautet der Auftrag der PUK wie folgt:

„Die PUK soll insbesondere abklären ob die Führung und Organisation der Abteilung Soziales adäquat wahrgenommen wurde, dies unter anderem vor dem Hintergrund der gesundheitlichen Einschränkungen der zuständigen Stadträtin.“ Auftrag der PUK bildet mithin die Untersuchung der Amtsführung von Stadträtin Beatrix Jud Wenger, Vorsteherin der Abteilung Soziales und Präsidentin der Sozialbehörde. Gemäss Beschluss des Grossen Gemeinderats vom 30. März 2015 soll die PUK eingesetzt werden „zur umfassenden Abklärung und Aufarbeitung der Vorgänge in und um die Amtsführung der Abteilung Soziales. [...] Die PUK soll insbesondere abklären, ob die Führung und Organisation der Abteilung Soziales adäquat wahrgenommen wurde, dies un-



ter anderem vor dem Hintergrund der gesundheitlichen Einschränkungen der zuständigen Stadträtin“.

Gemäss Dispositivziffer 3 des Beschlusses des Grossen Gemeinderats vom 30. März 2015 erörtert die PUK an ihren ersten Sitzungen ihr Vorgehen, schätzt den notwendigen Aufwand und die anfallenden Kosten zuhanden des Grossen Gemeinderats ab. Dieser bewilligt und ergänzt entsprechend das Budget.

Mit Beschluss des Grossen Gemeinderats vom 4. Mai 2015 wurde für die Untersuchung ein Kredit von CHF 20'000.00 bewilligt. Dieser Kredit wurde im Rahmen des Budgets 2016 um CHF 35'000.00 erhöht.

Die PUK konstituierte sich und wählte Gemeinderat Reto Bolliger als Vizepräsidenten sowie Gemeinderat Richard Muffler als Aktuar. Als Sekretär wählte die PUK MLaw Michael Burkhardt. Nachdem dieser aus beruflichen Gründen ausgeschieden war, wählte die PUK MLaw Davide Loss als Sekretär.

Mit Eingabe vom 11. Juni 2015 an den – an sich unzuständigen – Bezirksrat Bülach stellte Stadträtin Beatrix Jud Wenger ein Ausstandsgesuch gegen Gemeinderat Richard Muffler und beantragte, das Verfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Gesuch zu sistieren. Mit Beschluss vom 30. Juni 2015 wies die PUK das Ausstandsgesuch ab. Dagegen erhob Stadträtin Beatrix Jud Wenger mit Eingabe vom 29. Juli 2015 Rekurs an den Bezirksrat Bülach. Mit Beschluss vom 9. September 2015 wurde der Rekurs teilweise gutgeheissen und Gemeinderat Richard Muffler angewiesen, bei der Behandlung derjenigen Angelegenheiten in den Ausstand zu treten, die „nicht ohnehin der Öffentlichkeit zugänglich und im Übrigen vom Stadtrat und der Sozialbehörde ohne weiteres zu edieren sind“. Gemeinderat Richard Muffler erhob gegen den genannten Beschluss des Bezirksrats Bülach mit Eingabe vom 19. Oktober 2015 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Mit Urteil VB.2015.00649 vom 2. Dezember 2015 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde gut und hob den Beschluss des Bezirksrats Bülach vom 9. September 2015 ersatzlos auf (Urteil online abrufbar unter: www.vgrzh.ch).



2.2. Verfahren

2.2.1. Gesetzliche Grundlagen

Gemäss Dispositivziffer 2 des Beschlusses des Grossen Gemeinderats vom 30. März 2015 richtet sich das Verfahren nach § 34g ff. des Kantonsratsgesetzes vom 5. April 1981 (KRG ZH, LS 171.1). Zu Auftrag, Einsetzung und Verfahren einer PUK finden sich im KRG ZH insgesamt acht Bestimmungen. Im Detail äussert sich das Gesetz zu verschiedenen Verfahrensfragen nicht. Für die Ermittlung des Sachverhalts und die Beweiserhebung gelten gemäss § 34g Abs. 2 KRG ZH die Bestimmungen des Verwaltungspflegergesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG ZH, LS 175.2) sinngemäss, soweit das KRG ZH nichts anderes bestimmt. § 60 VRG ZH verweist hinsichtlich der Beweiserhebung wiederum auf die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272), die sinngemäss anzuwenden sind.

2.2.2. Ermittlung des Sachverhalts und Beweiserhebung

Die Würdigung des Sachverhalts und die Schlussfolgerungen durch die PUK erfolgen nach freiem Ermessen. Bei der Ermittlung des Sachverhalts und der Beweiserhebung orientiert sich die PUK grundsätzlich an den Regeln der entsprechenden Verfahrensgesetze. Die Beweislast für allfällige Amtspflichtverletzungen und Nachlässigkeiten liegt bei der PUK. Diese hat im Rahmen des Beweisverfahrens abzuklären, ob solche Pflichtverletzungen nachgewiesen werden können. Kann dieser Beweis nicht erbracht werden, hat die PUK das zu akzeptieren. Eine Belastung der Betroffenen fällt ausser Betracht. Die PUK führt jedoch eine parlamentarische, nicht eine gerichtliche Untersuchung durch. Ihre Mitglieder sind nicht Richter, sondern Parlamentarier. Die PUK hat das Recht, die erhobenen Beweise frei zu würdigen. Diesbezüglich steht ihr – wie auch dem Richter – ein breiter Raum des Ermessens zu.



2.2.3. Akteneinsichtsrecht

Die PUK kann die Herausgabe sämtlicher Akten der Verwaltung, des Stadtrats und den Kommissionen mit selbständiger Verwaltungsbefugnis verlangen. Weiter darf sie gestützt auf § 34h lit. f in Verbindung mit § 34h lit. b KRG ZH von Privatpersonen, soweit diese der Zeugenpflicht unterstehen, die Herausgabe von Akten verlangen.

2.2.4. Amtsgeheimnis

Die Mitglieder des Stadtrats und die Personen aus der Verwaltung sind gemäss § 34i KRG ZH generell vom Amtsgeheimnis entbunden.

2.2.5. Beteiligung des Stadtrats am Verfahren

Der Stadtrat hat gemäss § 34m Abs. 2 KRG ZH das Recht, sich vor der PUK und in einem Bericht zuhanden des Grossen Gemeinderats zu den Ergebnissen der Untersuchung zu äussern. Dies gilt auch für den Zwischenbericht.

3. Stand der Untersuchung

Die PUK war und ist bemüht, das Verfahren beförderlich zu behandeln und die Untersuchung zeitnah zum Abschluss zu bringen. Indes ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich die Untersuchung aus verschiedenen Gründen als aufwendig und äusserst zeitintensiv erwies:

Zunächst handelt es sich bei der durchzuführenden Untersuchung für sämtliche Mitglieder der PUK um Neuland; unzählige Fragen inhaltlicher, formeller und juristischer Natur wa-



ren und sind zu klären. Der Umstand, dass sämtliche Mitglieder der PUK vollzeitig erwerbstätig sind und dass die PUK über kein vollamtliches Sekretariat verfügt, setzt der PUK gewisse Grenzen.

Bereits rund zwei Monate nach der Einsetzung bzw. unmittelbar nach der Konstituierung und der Definition der Vorgehensweise gelangte die PUK mit Informations- und Aktenherausgabebegehren an Stadträtin Beatrix Jud Wenger, an den Stadtrat sowie an die Sozialbehörde. Die Antworten bzw. die herausverlangten Akten hätten Grundlage für Befragungen bilden sollen. Sowohl die Sozialbehörde als auch der Stadtrat kamen sämtlichen Auskunfts- und Herausgabebegehren zunächst nicht nach, sondern wandten sich stattdessen an den Bezirksrat Bülach, selbst hinsichtlich der Aufforderung (an den Stadtrat), der PUK schriftlich Auskunft darüber zu erteilen, in welchen Gremien Stadträtin Beatrix Jud Wenger Einsitz hatte. Selbst nach rechtskräftigem Beschluss des Bezirksamts Bülach teilte der Stadtschreiber der PUK mit E-Mail vom 1. September 2015 mit, der Stadtrat „verzichte“ vorläufig darauf, der PUK die gewünschten Unterlagen vorzulegen, da derzeit ein Rekurs von Stadträtin Beatrix Jud Wenger betreffend den Ausstand von Gemeinderat Richard Muffler hängig sei. Dieses Vorgehen sei mit Bezirksamtschreiber Peter Dürsteler „in dem Sinne besprochen“.

Weiter wirkte sich das Ausstandsbegehren von Stadträtin Beatrix Jud Wenger vom 11. Juni 2015 zeitverzögernd aus. Die PUK entschied dieses Gesuch innert weniger als drei Wochen in Form eines ausführlich begründeten Beschlusses. Hiergegen führte Stadträtin Beatrix Jud Wenger Rekurs an den Bezirksrat Bülach. Dieser hiess den Rekurs am 9. September 2015 teilweise gut, indem er Gemeinderat Richard Muffler auftrag, in den Ausstand zu treten, „soweit die PUK Angelegenheiten behandelt, die nicht ohnehin der Öffentlichkeit zugänglich sind (...)“. Die PUK sah sich ausserstande, ihre Untersuchung unter diesen Umständen weiterzuführen bzw. im Einzelfall – ohne das Risiko einer Amtsgeheimnisverletzung einzugehen – zu bestimmen, wann eine Angelegenheit „ohnehin der Öffentlichkeit“ zugänglich sei. Die PUK war daher gezwungen, die Untersuchung zu sistieren, was im Übrigen der Bezirksrat Bülach in seiner Entscheidung ausdrücklich als zulässige Möglichkeit erwähnte. Umgehend nach Eröffnung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2015 nahm die PUK ihre Arbeit wieder auf.



Schliesslich bedeutete auch die Vorbereitung und Erstellung des vorliegenden Zwischenberichts einen grossen Aufwand, der die Kapazitäten der PUK in den letzten fünf Monaten sehr weitgehend in Anspruch nahm.

Die Untersuchung ist im Berichtszeitpunkt dennoch bereits weit fortgeschritten. Die PUK tagte bisher an insgesamt 28 Sitzungen. Stadträtin Beatrix Jud Wenger sowie eine Auskunftsperson wurden je zweimal sehr ausführlich befragt. Der Stadtrat sowie die Sozialbehörde haben auf entsprechende Ersuchen der PUK eine Vielzahl von Akten herausgegeben, gestützt auf welche die erwähnten Befragungen erfolgten und weitere Untersuchungsschritte erfolgen. Bis zum Abschluss der Untersuchung müssen indes noch Untersuchungshandlungen vorgenommen werden. Über das Ergebnis der Parlamentarischen Untersuchung wird die PUK einen Schlussbericht zuhanden des Grossen Gemeinderats erstatten. Über die bisherigen Ergebnisse kann die PUK im vorliegenden Zwischenbericht keine Auskunft geben, um die weitere Untersuchung nicht zu gefährden und die Verfahrensrechte der Beteiligten zu wahren.

Aufgabe der PUK ist – gestützt auf den Auftrag des Grossen Gemeinderats – einzig und allein abzuklären, ob die Führung und Organisation der Abteilung Soziales adäquat wahrgenommen wurde, dies unter anderem vor dem Hintergrund der gesundheitlichen Einschränkungen der zuständigen Stadträtin. *Diese Abklärung führt die PUK ergebnisoffen durch.* Die PUK trachtet – entgegen anderslautenden Verlautbarungen – keinesfalls danach, unbedingt Verfehlungen zu finden. Ihre Aufgabe wird dann erfüllt sein, wenn sie die Abklärungen korrekt durchgeführt und dem Grossen Gemeinderat Bericht über das Ergebnis ihrer Abklärungen erstattet haben wird – völlig unabhängig davon, ob sie auf Mängel stösst oder nicht.

4. Zuständigkeit der PUK für die causa "Anwaltskosten"

Zu erörtern ist zunächst die Frage der Zuständigkeit der PUK für die von der Sozialbehörde beschlossene Übernahme von Rechtsberatkungskosten bzw. ob dieser Gegenstand in



sachlicher und zeitlicher Hinsicht vom Abklärungsauftrag des Grossen Gemeinderats umfasst ist.

Der Stadtrat teilte in seiner Stellungnahme vom 23. Juni 2016 mit, er sei grundsätzlich der Ansicht, dass die Bezahlung der Rechtsvertretungskosten nicht in den Zuständigkeitsbereich der PUK falle. Die Sozialbehörde teilte in ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2016 mit, sie sei der Auffassung, die aktuellen Abklärungen der PUK würden deren Auftrag übersteigen. Abzuklären sei lediglich die Amtsführung der Abteilung Soziales in der Vergangenheit. Die Rechtmässigkeit der Bezahlung der in Anspruch genommenen Rechtsberatung im laufenden Verfahren könnten jedoch nicht Gegenstand der Untersuchung sein.

Gemäss Einsetzungsbeschluss des Grossen Gemeinderats vom 30. März 2015 wurde die PUK eingesetzt „zur umfassenden Abklärung und Aufarbeitung der Vorgänge in und um die Amtsführung der Abteilung Soziales. Die PUK soll insbesondere abklären, ob die Führung und Organisation der Abteilung Soziales adäquat wahrgenommen wurde, dies unter anderem vor dem Hintergrund der gesundheitlichen Einschränkungen der zuständigen Stadträtin.“

Die Frage der Zuständigkeit und der Kompetenzen der PUK werden seit Beginn der Untersuchung kontrovers diskutiert. Im Zusammenhang mit der von der PUK verlangten Herausgabe von Protokollen der Sozialbehörde wurde von Verfahrensbeteiligten etwa die Frage aufgeworfen, ob die Tätigkeit der Sozialbehörde ebenfalls von der Untersuchung der PUK erfasst werde. Im Beschluss vom 30. Juni 2015 betreffend die Herausgabe von Protokollen der Sozialbehörde führte die PUK hierzu Folgendes aus (Ziff. III.3c):

„Im bereits mehrfach zitierten Auftrag der PUK ist von der Abteilung Soziales die Rede, nicht hingegen von der Sozialbehörde. Dass letztere vom Abklärungsauftrag ebenfalls erfasst ist, ergibt sich jedoch bereits aus der Bezeichnung "PUK Sozialbehörde" (oder mit anderen Worten: Im rechtstechnischen Sinn liegt kein qualifiziertes Schweigen vor). Alles andere ergäbe keinen Sinn: Die Beleuchtung der Amtsführung durch die zuständige Stadträtin, insbesondere vor dem Hintergrund deren gesundheitlichen Einschränkungen, kann nur die Sozialbehörde ebenfalls mitumfassend gemeint sein. So wies Stadtpräsident Remund im Rat darauf hin, dass Führung und Organisation Aufgaben der Sozialbehörde seien (Protokoll des Gemeinderates, S. 127). Gleichzeitig



ist zu bemerken, dass gemäss Untersuchungsauftrag grundsätzlich nicht die Tätigkeit der Sozialbehörde an sich oder gar einzelne von dieser beurteilte Sachverhalte abzuklären sind, sondern die Tätigkeit von Stadträtin Beatrix Jud Wenger.“

Dieser Auffassung ist auch der Bezirksrat Bülach uneingeschränkt gefolgt. Im Beschluss vom 2. Juli 2015 erwog er Folgendes (Ziff. 2):

„Die Auffassung der PUK Sozialbehörde, wonach der Untersuchungsgegenstand auch die Tätigkeit der Sozialbehörde mitumfasse, ist von der PUK hinreichend begründet worden.“

Gegenstand und Anlass des vorliegenden Zwischenberichts ist in erster Linie ein Antrag von Stadträtin Beatrix Jud Wenger, ihr aus der Stadtkasse CHF 17'644.35 für Rechtsvertretungskosten auszurichten, dies insbesondere im Wissen um ein Memorandum des vom Stadtrat beigezogenen Anwalts, gemäss welchem keine gesetzliche Grundlage für eine solche Zahlung bestehe und aufgrund dessen der Stadtrat ihr eine Zahlung der Anwaltskosten verweigerte. Unter diesen Umständen der Sozialbehörde eine Auszahlung von CHF 17'644.35 zu beantragen, beschlägt offensichtlich einen Aspekt der zu untersuchenden Amtsführung. Gerade die Untersuchung des von Stadträtin Beatrix Jud Wenger gestellten Antrags ist für die von der PUK zu untersuchende Amtsführung von Stadträtin Beatrix Jud Wenger von grosser Relevanz.

Die vorliegenden Vorkommnisse hängen eng mit dem PUK-Verfahren zusammen, geht es doch um das Verhalten von Stadträtin Beatrix Jud Wenger *während des Untersuchungsverfahrens*. Der PUK ist es selbstredend unbenommen, das Verhalten der Beteiligten während des Untersuchungsverfahrens zu beurteilen und dem Grossen Gemeinderat darüber Bericht zu erstatten. Um ihren Untersuchungsauftrag wirksam wahrnehmen zu können, muss die PUK Äusserungen, schriftliche Eingaben und sonstige Verhaltensweisen der Beteiligten beurteilen und entsprechend würdigen. Diese Tatsachen fallen somit in den Zuständigkeitsbereich der PUK.



Ob (auch) die RPK zuständig wäre, kann offengelassen werden, insbesondere nachdem diese selbst die Angelegenheit nicht untersucht, sondern auf die PUK verweist bzw. der Auffassung ist, dieser die Angelegenheit zu überweisen zu haben (vgl. Votum von Gemeinderat Peter Bühler als Präsident der RPK anlässlich der Sitzung des Grossen Gemeinderats vom 27. Juni 2016).

Nach dem Gesagten ist die Zuständigkeit der PUK zur Prüfung der von Stadträtin Beatrix Jud Wenger der Sozialbehörde beantragten Übernahme der im Ausstandsverfahren angefallenen Rechtsberatkungskosten sowie zur Erstattung des vorliegenden Zwischenberichts gegeben.

5. Sachverhalt (causa "Anwaltskosten")

Im Folgenden wird der Sachverhalt, von dem die PUK ausgeht, wiedergegeben. Dieser stützt sich im Wesentlichen auf folgende Quellen:

- Beschluss der Sozialbehörde Nr. 139 vom 8. Dezember 2015 (Anhang 1)
- Honorarnote von Rechtsanwalt S. vom 21. September 2015
- Auszahlungsbeleg vom 17. Dezember 2015
- Memorandum von Rechtsanwalt R. vom 22. November 2015, in Auftrag gegeben vom Stadtrat
- Beschluss des Stadtrats Nr. 2015-370 vom 22. Dezember 2015 (Anhang 2)
- Eingaben und Entscheide im Ausstandsverfahren gegen Gemeinderat Richard Muffler

Am 11. Juni 2015 stellte Stadträtin Beatrix Jud Wenger – in eigenem Namen und auf privatem Briefpapier unter Angabe der Privatadresse – ein Ausstandsbegehren gegen Gemeinderat Richard Muffler als PUK-Mitglied. Zuvor hatte der Gesamtstadtrat (wohl ohne Mitwirkung von Stadträtin Beatrix Jud Wenger, die anlässlich der entsprechenden Sitzung



krankheitshalber abwesend gewesen sein soll) gemäss Antwort auf eine entsprechende Anfrage der PUK auf ein Ausstandsbegehren gegen Gemeinderat Richard Muffler verzichtet. Die PUK wies das Ausstandsbegehren mit Beschluss vom 30. Juni 2015 ab. Stadträtin Beatrix Jud Wenger erhob hiergegen – ohne Rechtsvertreter, in eigenem Namen und auf privatem Briefpapier – Rekurs an den Bezirksrat Bülach. Dieser hiess den Rekurs mit Beschluss vom 9. September 2015 im Sinn der Erwägungen gut. Eine hiergegen von Gemeinderat Richard Muffler erhobene Beschwerde an das Verwaltungsgericht hiess dieses mit nunmehr rechtskräftigem Urteil vom 2. Dezember 2015 gut, hob den angefochtenen Entscheid des Bezirksamts Bülach ersatzlos auf und auferlegte Stadträtin Beatrix Jud Wenger die Verfahrenskosten.

Am 21. September 2015 stellte Rechtsanwalt S. Stadträtin Beatrix Jud Wenger „in Sachen PUK Sozialbehörde“ für die Periode vom 8. Juni 2015 bis zum 21. September 2015 insgesamt CHF 17'644.35 in Rechnung. Der detaillierte Leistungsnachweis enthält Positionen, die überwiegend klar dem Ausstandsbegehren und dem entsprechenden Rekursverfahren zugeordnet werden können. Zusätzlich wurden Leistungen aufgeführt, die mit dem Ausstandsverfahren keinen direkten Zusammenhang aufweisen. Stadträtin Beatrix Jud Wenger ersuchte ihre Stadtratskollegen, ihr die vorerwähnten Anwaltskosten aus der Stadtkasse zu vergüten. Sie hatte zuvor kein formelles Gesuch um Kostengutsprache gestellt. Der vom Stadtrat darauf konsultierte Rechtsanwalt R. kam in seinem fünfseitigen Memorandum vom 22. November 2015 zum Schluss, dass keine rechtliche Grundlage für die Übernahme der Rechtsvertretungskosten bestehe; ausserdem wäre – so Rechtsanwalt R. – die Verhältnismässigkeit der entstandenen Kosten eine Voraussetzung für eine Übernahme, vorliegend wäre aber ein Aufwand von „grosszügig berechneten rund Fr. 5'000.– zuzüglich MWST angemessen gewesen“. Der Aufwand von 68 Stunden sei „in erster Linie Indiz für die eigene Herausforderung des Anwalts mit dem ungewohnten Thema“; die drei schriftlichen Eingaben von 3, 4 und 11 Seiten seien in eigenem Namen von Stadträtin Beatrix Jud Wenger verfasst worden und deshalb „nicht von vornherein einem Anwalt zuzuweisen, weder von der äusseren Form noch vom Inhalt her“. Das Ausstandsgesuch sei zunächst einer unzuständigen Stelle gestellt worden, die Eingaben seien nicht immer stichhaltig begründet. Schliesslich enthalte der Leistungsnachweis von Rechtsanwalt S. eine Vielzahl von Positionen, die mit den „getätigten rechtlichen Hand-



lungen (eigentlich nur dem Ausstandsverfahren)“, nichts zu tun hätten, u.a. Korrespondenz mit dem Ehemann von Stadträtin Beatrix Jud Wenger.

Am 25. November 2015 wurde Stadträtin Beatrix Jud Wenger von Stadtratspräsident Paul Remund, Stadtrat Valentin Perego (Finanzvorsteher) und Stadtschreiber Hans-Rudolf Bauer mitgeteilt, dass die Stadt die „persönlichen Anwaltskosten“ nicht übernehme. Dies aufgrund „verschiedener Abklärungen“ und dem Memorandum von Rechtsanwalt R. Auch sei kein Kredit gesprochen worden und der Stadtrat habe keinen diesbezüglichen Auftrag erteilt, sondern sei lediglich laufend mündlich über die Situation orientiert worden.

In der Folge gelangte Stadträtin Beatrix Jud Wenger mit dem identischen Begehren, ihr die besagten Anwaltskosten aus der Stadtkasse zu vergüten, an die Sozialbehörde. Im entsprechenden schriftlichen, von unbekanntenen Personen verfassten Antrag wird festgehalten, Stadträtin Beatrix Jud Wenger sei mit demselben Anliegen bereits an den Stadtrat gelangt. Dieser sehe sich jedoch aufgrund des Memorandums von Rechtsanwalt R. vom 22. November 2015 „ausser Stande, die Kosten zu übernehmen“ und „verweise“ an die Sozialbehörde. Rechtsanwalt R. gelange „einseitig (es gibt keine Rechtsgrundlage)“ zur Ansicht, „dass betroffene Stadträte ihren anwaltschaftlichen Beistand selbst finanzieren“ müssten.

Mit Beschluss vom 8. Dezember 2015 hiess die Sozialbehörde – unter Ausschluss von Stadträtin Beatrix Jud Wenger – das Gesuch teilweise gut und beschloss, CHF 10'000.00 (anstelle der beantragten CHF 17'644.35) „an die beantragten Kosten“ zu bezahlen, dies gestützt auf Art. 50 der Gemeindeordnung der Stadt Opfikon vom 21. Oktober 2009 (nachfolgend: Gemeindeordnung). In den Erwägungen zum Beschluss wird festgehalten, das „Verhalten von Beatrix Jud, für sich und die Sozialbehörde juristischen Beistand zu nehmen“, sei „legitim“. „Die Sozialbehörde beurteilt die durch Beatrix Jud beantragte juristische Unterstützung als teilweise gegeben (...). Trotz einer fehlenden Kostengutsprache und eines fehlenden konkreten Auftrages an einen juristischen Beistand durch den Stadtrat oder die Sozialbehörde ist eine beschränkte Kostenübernahme in diesem besonderen Fall angezeigt.“ Den Erwägungen lassen sich keine Aussagen zum Memorandum von Rechtsanwalt R. entnehmen bzw. zu den darin aufgeworfenen Fragen (insbesondere fehlende gesetzliche Grundlage und adäquate Höhe der Kosten). Am Beschluss mitgewirkt



haben die gewählten Mitglieder der Sozialbehörde sowie der Sekretär der Sozialbehörde. Ob der Beschluss einstimmig gefällt wurde, ist nicht bekannt. Weiter ist – abgesehen von Stadträtin Beatrix Jud Wenger – unbekannt, ob den Beteiligten das Memorandum von Rechtsanwalt R. vom 22. November 2016 integral vorgelegt wurde und/oder ob die Sozialbehörde Abklärungen betreffend die rechtliche Grundlage für den Beschluss vornahm. Ungefähr am 17. Dezember 2015 zahlte die Stadtkasse Stadträtin Beatrix Jud Wenger aufgrund des Beschlusses der Sozialbehörde CHF 10'000.00 aus.

Am 14. Dezember 2015 beantragte Stadträtin Beatrix Jud Wenger dem Stadtrat schriftlich, ihr den Restbetrag von CHF 7'644.35 zu vergüten, was der Stadtrat mit inzwischen rechtskräftigem Beschluss vom 22. Dezember 2015 formell verweigerte, dies mit Verweis auf die „bisherige Ansicht des Stadtpräsidenten und des Finanzvorstandes“. Im entsprechenden Beschluss wird explizit erwähnt, die Sozialbehörde habe bereits CHF 10'000.00 gesprochen.

6. Stellungnahmen der Betroffenen

Die PUK gewährte Stadträtin Beatrix Jud Wenger, der Sozialbehörde, den einzelnen Mitgliedern der Sozialbehörde sowie dem Stadtrat das rechtliche Gehör in zwei Schritten: zunächst zum vorstehend aufgeführten Sachverhalt, insbesondere zur Frage der wohl fehlenden gesetzlichen Grundlage und zur Frage von Hinweisen auf allfälliges strafbares Verhalten. In einem zweiten Schritt stellte die PUK den erwähnten Beteiligten einen Entwurf des Zwischenberichts zur Stellungnahme zu.



6.1. Stellungnahmen zur Frage der fehlenden gesetzlichen Grundlage

6.1.1. Stellungnahme des Stadtrats

Der Stadtrat teilte mit Eingabe vom 23. Juni 2016 mit, er sei grundsätzlich der Ansicht, dass die Bezahlung der Rechtsvertretungskosten nicht in den Zuständigkeitsbereich der PUK falle. Zur Frage des Vorliegens von Hinweisen auf strafbares Verhalten führte er aus, aus seiner Sicht handle die Sozialbehörde in eigener Kompetenz. Es scheine legitim, dass die im Fokus stehende Behörde grundsätzlich Rechtshilfe beziehe. *Zur Frage, ob und inwiefern der Stadtrat Stadträtin Beatrix Jud Wenger an die Sozialbehörde „verwies“ (wie dies im Antrag an die Sozialbehörde vermerkt ist), hielt der Stadtrat fest, er habe Stadträtin Beatrix Jud Wenger in keiner Weise an die Sozialbehörde verwiesen.* Schliesslich führte er zur Frage, ob er Kenntnis vom Beschluss der Sozialbehörde vom 8. Dezember 2015 habe und ob er allenfalls Massnahmen getroffen habe aus, er sei über den Beschluss informiert worden, Massnahmen seien nicht ergriffen worden.

Seitens des Stadtrats liegt sodann eine Stellungnahme zuhanden der RPK vor: Die RPK stellte dem Stadtrat im Rahmen der Prüfung der Jahresrechnung 2015 folgende Frage:

„Fr. 10'000.00 an Beatrix Jud für juristische Unterstützung in Sachen Richi Muffler/PUK. Ihr Antrag wurde vom Verwaltungsgericht abgelehnt. Der Stadtrat lehnte einen Beitrag ab. Die Sozialbehörde hätte sich diesem Beschluss anschliessen sollen. Wo ist der Rechtstitel für diese Ausgabe?“

Der Stadtrat beantwortete diese Frage wie folgt:

„Da die Sozialbehörde den Antrag von BJ gestützt hat, abzuklären, ob nicht eine Ausstandspflicht von RM besteht, hat sie diese Kosten bewilligt. Die Sozialbehörde hat am 8. Dezember 2015 eine teilweise Gutheissung der Rechtskosten für die PUK Sozialbehörde beschlossen. Nach der Anhörung von Beatrix Jud durch die Sozialbehörde unter Leitung des Vizepräsidenten wurde der Beschluss unter Ausschluss von Beatrix Jud Wenger gefällt. Der Stadtrat hat mit Beschluss vom 22. Dezember eine Kostenbeteiligung abge-



lehnt. Rechtsgrundlage ist Art. 50 Gemeindeordnung "Aufgabenbefugnisse", Sozialbehörde ist Behörde mit eigener Verwaltungsbefugnis."

6.1.2. Stellungnahme der Sozialbehörde

Die Sozialbehörde teilte mit Eingabe vom 27. Juni 2016 mit, sie halte die PUK für unzuständig, weswegen sie sich nicht in der Lage sehe, die Auskünfte zu erteilen. Man sei aber gern bereit, der RPK oder allenfalls der GPK Fragen zu beantworten. Die Eingabe ist von der Präsidentin der Sozialbehörde, Stadträtin Beatrix Jud Wenger, und vom stellvertretenden Sozialsekretär, Gerd Bolliger, unterzeichnet. Ferner unterzeichneten die einzelnen Mitglieder der Sozialbehörde die Stellungnahme.

6.2. Stellungnahmen zum Zwischenbericht

6.2.1. Stellungnahme des Stadtrats

In seiner Stellungnahme zum Entwurf zum Zwischenbericht spricht sich der Stadtrat dezidiert gegen eine Veröffentlichung des Zwischenberichts aus, weil er die Auffassung vertritt, der Zwischenbericht trage nicht zu einer von einem PUK-Bericht zu erwartenden Klärung von Sachverhalten und Schaffung von Transparenz bei. Die wenig fundierten Ausführungen der PUK betreffend die strafrechtliche Verantwortlichkeit bürden ein grosses persönlichkeitsverletzendes Potential und stellten bei ihrer Veröffentlichung ein unnötiges Haftungsrisiko für die Stadt Opfikon dar. Sodann stellte sich der Stadtrat auf den Standpunkt, von einer Veröffentlichung des Zwischenberichts sie aber insbesondere auch deshalb abzusehen, weil darin ein Sachverhalt untersucht werde, der nicht in die Zuständigkeit der PUK falle und damit gar nicht von der PUK hätte untersucht werden dürfen. So sei der Stadtrat dezidiert der Ansicht, dass die PUK sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht ausserhalb ihres ursprünglichen Auftrags gehandelt habe. Vor dem Hintergrund der Formulierung des Auftrags an die PUK gemäss Einsetzungsbeschluss sei es für den Stadtrat nicht nachvollziehbar, wie sich die PUK mit dem fraglichen Beschluss der Sozialbehörde befassen könne. Sowohl der Wortlaut des Auftrags gemäss Einsetzungs-



beschluss als auch die Voten im Rahmen der Diskussion um den Auftragsumfang liessen aber keine derart extensive Auslegung des Auftrags zu. Betrachte man die Ereignisse auf der Zeitachse, sei es ebenfalls nicht nachvollziehbar, warum die PUK sich bei ihrer Untersuchung nicht auf diejenigen Sachverhalte beschränke, welche sich in dem von ihr selbst vordefinierten Untersuchungszeitraum zugetragen hätten. Erst die durch die PUK anhand genommene, mit Mängeln behaftete Untersuchung habe den im Zwischenbericht aufgegriffenen Sachverhalt ausgelöst. Es sei klar, dass die PUK nicht eingesetzt worden sei, um zukünftige Vorfälle zu untersuchen, welche die PUK-Untersuchung selbst hervorgebracht hätten. Dies schliesse notwendigerweise aus, einen Sachverhalt zu untersuchen, der sich nach Einsetzung der PUK zugetragen habe. Für die ständige Aufsicht gebe es andere Organe, welche diese Aufgabe inne hätten. Es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, mit einer PUK diese Aufsichtsorgane zu ersetzen oder zu ergänzen. Schliesslich wecke auch das von der PUK gewählte Instrument des Zwischenberichts Irritation beim Leser. Man dürfe den Anspruch stellen, dass ein Zwischenstand eine Art "Schritt in die richtige Richtung" darstelle und eine vollständige Übersicht dessen enthalte, womit im Schlussbericht gerechnet werden könne. Der Zwischenbericht erwähne keinerlei weitere Untersuchungsergebnisse als gerade den im Zwischenbericht abgehandelten Sachverhalt. Im Umkehrschluss könne daraus nur gefolgert werden, dass die Untersuchung ansonsten nichts ergeben habe. Dies wäre von grösster Peinlichkeit für die PUK, denn die PUK müsste sich dann ihrerseits für ihre Untersuchungsführung rechtfertigen, insbesondere wofür die Kosten gerechtfertigt gewesen seien. Auch in der Sache selbst könne der PUK nicht gefolgt werden. Ein Behördenentscheid erfasse nicht die Amtsführung an sich. Dies gelte vor allem beim untersuchten Geschäft, zumal die Amtsvorsteherin bei der Behandlung desselben in den Ausstand getreten sei. Ein Zusammenhang mit den behaupteten Mängeln in der Amtsführung sowie mit den gesundheitlichen Schwierigkeiten der betreffenden Stadträtin sei von der PUK weder behauptet worden noch sei ein solcher erkennbar. Als Instrument der parlamentarischen Oberaufsicht übe die PUK eine rein politische Kontrolle aus. Ihre Tätigkeit sei darauf beschränkt, politische Verantwortlichkeiten zu untersuchen und diese zu benennen. Auch eine rechtliche Würdigung von Vorkommnissen müsse daher nach der Auffassung des Stadtrats im Dienst des übergeordneten Auftrags der politischen Aufarbeitung stehen. Der Stadtrat stelle in Frage, dass die PUK dies in ihrem Zwischenbericht tue. Er kündigte in seiner Stellungnahme ausdrücklich an,



die PUK in aller Öffentlichkeit in ihre politische und nötigenfalls auch rechtliche Verantwortung zu nehmen. Sollte die Untersuchungstätigkeit der PUK insbesondere die von ihr aufgestellten Anforderungen selber nicht erfüllen und die selber verursachten Kosten nicht anhand eines angemessenen Untersuchungsberichts mit konkreten Ergebnissen rechtfertigen, so werde der Stadtrat dafür sorgen, dass die PUK dafür die Verantwortung zu übernehmen habe. Der Zwischenbericht mit seinen Empfehlungen an den Grossen Gemeinderat, welche den Versuch darstellten, aus einem einzigen Beschluss der Sozialbehörde ein systematisches Versagen mehrerer Organe – nicht bloss der Abteilung Soziales oder der Sozialbehörde – herzuleiten, genüge diesen Anforderungen in keiner Weise. Die Ausführungen der PUK mit Bezug auf die strafrechtliche Würdigung des Sachverhalts erstauten in mehrfacher Hinsicht. Sie seien unpräzise und unbestimmt, was angesichts der Untersuchungsthematik und der Persönlichkeitsrechte der im Fokus Personen äusserst problematisch sei. Dem Grossen Gemeinderat solle der vorliegende Bericht als Entscheidungsgrundlage für das Erstellen einer Strafanzeige dienen. Der Zwischenbericht, insbesondere seine Ausführungen zu möglicherweise strafrechtlichem Verhalten, könne weitreichende Folgen für die von der PUK betroffenen Personen und Organe zeitigen und könne zu erheblichen Reputationsrisiken bzw. -schäden führen, selbst wenn der Bericht von äusserst zweifelhafter Qualität sei. Es sei wohl Aufgabe einer PUK, Verwaltungsvorgänge öffentlich zu machen. Sinn und Zweck der PUK sei aber, das Vertrauen in die Institutionen wiederherzustellen bzw. zu stärken und für Transparenz zu sorgen. Es stelle sich die Frage, wie dies insbesondere mit den Ausführungen der PUK zu möglichen Straftatbeständen gelingen solle. Es blieben letztlich strafrechtliche Vorwürfe an nicht bestimmte Personen im Raum. Dies werde bei einer Veröffentlichung des Berichts zu Spekulationen und möglicherweise auch zu einer öffentlichen Vorverurteilung von Personen führen. Dies könne nicht im Sinn der PUK sein und gewiss nicht im Sinn des Grossen Gemeinderats, welcher eine umfassende, politische Aufarbeitung der Vorgänge in und um die Amtsführung der Abteilung Soziales vor dem Hintergrund der gesundheitlichen Einschränkungen der zuständigen Stadträtin verlangt habe. Sodann berge dieses Vorgehen erhebliche rechtliche Risiken, stelle die so vorgenommene öffentliche Vorverurteilung doch für eine Vielzahl von Personen schadenersatzbegründende Persönlichkeitsverletzungen dar. Dies bedeute auch grosse finanzielle Risiken für die Stadt Opfikon, die von der PUK und dem Grossen Gemeinderat leichtfertig eingegangen würden. Schliesslich ziehe die PUK aus



dem einen untersuchten Geschäft den Schluss, dass es fraglich sei, inwieweit die Stadt über wirksame Mechanismen und Abläufe verfüge, um die Rechtmässigkeit und die Integrität ihrer Handlungen sicherzustellen. Es wäre aber an der PUK, diese von ihr im Zwischenbericht aufgeworfene Frage zu beantworten, anstatt aufgrund eines einzelnen Geschäfts der Sozialbehörde zu einem Rundumschlag gegen die Stadt auszuholen. Es sei für den Stadtrat nicht nachvollziehbar, was der Grosse Gemeinderat als Auftraggeber der PUK mit dieser Schlussfolgerung und dem ganzen Zwischenbericht anfangen solle. Und es stelle sich die dringende Frage, ob die PUK ihrem Auftrag nachkomme bzw. ob sie ihm überhaupt je werde nachkommen können. Schliesslich führt der Stadtrat aus, er sei sehr enttäuscht über die Quantität und Qualität der Untersuchungsergebnisse der PUK. Er sehe aufgrund dieser Ergebnisse grosse rechtliche und politische Risiken für die PUK selbst und für die ganze Stadt. Die PUK schade bei einer Veröffentlichung des Zwischenberichts in erheblicher Hinsicht der ganzen Stadt und dem Ansehen ihrer Institutionen, auch denjenigen des Grossen Gemeinderats. Der Stadtrat wünsche deshalb eine Aussprache mit der PUK, um diesen drohenden Schaden abwenden zu können, und zwar vor den nächsten Schritten der PUK.

6.2.2. Stellungnahme der Sozialbehörde

Mit Eingabe vom 7. November 2016 nahm die Sozialbehörde zum Entwurf des Zwischenberichts Stellung.

Die Sozialbehörde führt aus, sie sei vom Umstand überrascht, dass rund eineinhalb Jahre nach dem Einsetzen der PUK bis heute erst zwei Personen je zweimal einvernommen seien und im Zwischenbericht mit keinem einzigen Wort zum bisherigen Ergebnis über den vom Grossen Gemeinderat erteilten Auftrag Stellung genommen werde. Der Sozialbehörde liege es fern, die Arbeitsweise der PUK zu kritisieren, doch lege sie Wert auf die Feststellung, dass ein baldiger Abschluss der Arbeiten der PUK Sozialbehörde im Interesse aller Beteiligten liege. Sodann bestreitet die Sozialbehörde die Zuständigkeit der PUK zur Klärung der Frage, ob der Beschluss der Sozialbehörde vom 8. Dezember 2015 rechtmässig erfolgt sei. Für die Prüfung laufender Geschäfte besitze das Parlament stän-





dige Kommissionen, nämlich die GPK und RPK. Eine PUK sei die schnittigste Waffe eines Parlaments im Rahmen ihrer Oberaufsicht über die Verwaltung. Sie habe deshalb weit mehr Rechte als die Aufsichtskommissionen und könne soweit möglich in die Akten Einsicht nehmen und das gesamte Personal und auch Dritte als Zeugen einvernehmen. Eine PUK werde nur eingesetzt, weil etwas in der Verwaltung vorgefallen ist, was mit den üblichen Aufsichtskommissionen und den diesen zur Verfügung stehenden Mitteln nicht untersucht werden könne. Daraus folge, dass eine PUK nicht die laufenden Geschäfte der Verwaltung zu kontrollieren habe. Dies würde dem Sinn einer GPK und auch jener einer RPK fundamental widersprechen. Eine PUK dürfe nicht zu einer neuen ständigen Kommission mutieren, welche die laufenden Geschäfte untersucht. Die PUK habe eindeutig den Auftrag abzuklären, ob in der Vergangenheit die Amtsführung der Abteilung Soziales korrekt ausgeführt worden sei. Der PUK sei es verwehrt, sich einen zusätzlichen Auftrag zu geben. Falls neue Missstände aufgedeckt würden, müsste die PUK dazu eine neue Ermächtigung des Parlamentes einholen. Das im Zwischenbericht von der PUK untersuchte Ereignis habe nicht nur zeitlich, sondern auch sachlich nichts mit dem Untersuchungsauftrag zu tun. Die PUK habe die Amtsführung der Abteilung Soziales im Zusammenhang mit den gesundheitlichen Einschränkungen der zuständigen Stadträtin abzuklären. Im Zwischenbericht werde aber nicht deren Amtsführung untersucht, sondern abgeklärt, ob sich die von der PUK angegriffene Stadträtin im PUK-Verfahren zu einem Teil auf Kosten der Stadt rechtlich vertreten lassen dürfe. Bereits aus Gründen der Waffengleichheit bestehe vor der PUK ein umfassender Anspruch auf Rechtsverteidigung. Weil es sich bei der PUK um das schärfste Mittel des Parlaments handle, welches weitgehendste Konsequenzen für die betroffenen Personen haben könne, dürfe sich eine PUK nicht einmischen, wie die betroffenen Personen sich verbeiständen liessen und wer deren Kosten zu tragen habe. Hätte eine PUK eine derartig weitgehende Kompetenz, könnte sie die von ihnen untersuchten Personen mit entsprechendem Vorgehen mundtot machen. Aus diesen Gründen habe die PUK das Dossier "Anwaltskosten" unverzüglich zu schliessen. In der Sache habe die PUK bezüglich der von ihr aufgeworfenen Fragen keine eigenen Abklärungen getätigt und sich voll und ganz auf das Memorandum von Rechtsanwalt R. abgestützt. Zunächst weist die Sozialbehörde darauf hin, dass es sich bei der Stellungnahme von Rechtsanwalt R. vom 22. November 2015 lediglich um ein "Memorandum" handle. Damit wolle der Verfasser zur Kenntnis bringen, dass es sich um keine ausgereifte

juristische Stellungnahme, sondern lediglich um eine erste Einschätzung ohne vertiefte Abklärungen handle. Es erstaune deshalb, dass die PUK kritiklos die Meinung des Memorandums von Rechtsanwalt R. übernehme, ohne auch nur das geringste Fragezeichen zu setzen. Richtig sei, dass mangels kommunaler gesetzlicher Bestimmungen die kantonalen Regeln für die Kostenübernahme anzuwenden seien. Das kantonale Recht sehe einen Kostenersatz für das kantonale Personal, nicht aber für Behördenmitglieder vor. Der Regierungsrat des Kantons Zürich erachte es im Rahmen seines politischen Mandats seit jeher als seine Fürsorgepflicht, den Regierungsratsmitgliedern Rechtsschutz zu gewähren und die Kosten hierfür zu übernehmen. Dies erfolge immer, wenn ein Regierungsratsmitglied in ein Strafverfahren involviert sei, sei aber auch der Fall gewesen, als Mitglieder des Regierungsrats Betroffene einer PUK gewesen seien. Das sei seitens des Regierungsrats gegenüber der Presse bestätigt worden. Werde für Behörden ein anderer Massstab als für die Angestellten angesetzt, hiesse dies auch, den Grundsatz der Gleichbehandlung zu verletzen. Konsequenz zu Ende gedacht, würde die Verweigerung der Kostengutsprache bedeuten, dass zwar Chefbeamtinnen oder Chefbeamte, welche von einer PUK unmittelbar betroffen seien, Anspruch auf Kostengutsprache durch den Staat oder die Gemeinde hätten. Das vorgesetzte Behördenmitglied hingegen, welches in der Regel das erste politische Opfer einer PUK sei, könne keine Kostengutsprache des Staats oder der Gemeinde erhalten. Wäre diese Rechtsauffassung zutreffend, könnte in einem Strafverfahren wohl den unterzeichnenden Sekretären des Beschlusses vom 8. Dezember 2015, nicht aber den Mitgliedern der Sozialbehörde ein Rechtsbeistand auf Staatskosten beigegeben werden. Dies würde zu einer eklatanten Ungleichbehandlung zwischen Personal und Behörde führen. Die PUK versuche sodann in „langen juristischen Klimmzügen und Turnübungen“ darzustellen, weshalb die Sozialbehörde für diese Ausgabe unzuständig sei. Dies könne eine PUK als politisches Gremium nicht. Ihre Aufgabe sei es, im Rahmen ihres Auftrags das Vorgefallene politisch zu würdigen. Die PUK sei weder Gericht noch Strafverfolgungsbehörde, sondern übe lediglich eine politische Kontrolle aus. Die Sozialbehörde sei eine Laienbehörde, welcher spitzfindige juristische Überlegungen fremd seien. Tatsache sei, dass sie eine Ausgabenkompetenz von CHF 30'000.00 besitze, was explizit in der Geschäftsordnung der Sozialbehörde wiederholt werde. Daran könne und müsse sie sich halten. Die Präsidentin der Sozialbehörde ist Teil der Sozialbehörde und müsse als Betroffene bezeichnet werden. Einer Behörde, de-



ren Präsidentin politisch und persönlich in ihrer Eigenschaft als Behördenmitglied angegriffen werde, dürfe es nicht verwehrt sein, entsprechende Verteidigungsmassnahmen zu vergüten. Die Höhe der Anwaltsrechnung betreffe das Verhältnis zwischen Anwalt und dem Klienten. Es könne nicht Sache einer Behörde sein, das Ausmass und die Notwendigkeit der einzelnen juristischen Schritte zu prüfen. Die Sozialbehörde habe nicht Schiedsrichter spielen können, habe aber mit Bedacht Vorsicht walten lassen und lediglich einen Teil der verlangten Kosten bewilligt. Aufgrund dieser Ausführungen erachte die Sozialbehörde die Vorwürfe als konstruiert und nicht stichhaltig. Es bestehe somit kein Raum für eine Strafanzeige und auf einen derart gearteten Zwischenbericht sei zu verzichten. Eine Strafanzeige würde zudem erheblich in die Persönlichkeitsrechte der Mitglieder der Sozialbehörde eingreifen. Denn eine Strafuntersuchung stellt für die Betroffenen nicht nur eine persönliche Belastung dar, sondern berge auch immer die Gefahr einer Vorverurteilung. Diese Gefahr würde bereits mit der Diskussion über den Zwischenbericht im Gemeinderat Opfikon entstehen, denn das Medieninteresse wäre sicherlich nicht unbedeutend. Dem möglichen Reputationsschaden für die Stadt Opfikon müsse ebenfalls Rechnung getragen werden. Die Sozialbehörde verschliesse sich keinesfalls der juristischen Aufarbeitung des Beschlusses vom 8. Dezember 2015, erachte hierfür jedoch die RPK, eventuell die GPK, als zuständig. Allenfalls sei der Bezirksrat anzufragen, ob dieser aufsichtsrechtliche Massnahmen für angezeigt halte.

7. Erwägungen

7.1. Rechtliche Aspekte

7.1.1. Vorbemerkungen

Der Staat, so auch die Stadt Opfikon, darf nicht nach Gutdünken Ausgaben tätigen. Vielmehr dürfen ohne eine *genügende gesetzliche Grundlage* keine Leistungen erbracht werden. Weiter kann nur das jeweils *zuständige Organ* eine Ausgabe tätigen. Man spricht vom sogenannten Legalitäts- oder Gesetzesmässigkeitsprinzip, einem der grundlegenden verwaltungsrechtlichen Grundsätze. Es dient einerseits dem demokratischen Anliegen der



Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits den rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns (vgl. BGE 130 I 1, E. 3.1).

Zahlungen einer Gemeinde, die keine genügende Grundlage im Gesetz finden und/oder nicht vom zuständigen Organ geleistet wurden, sind damit grundsätzlich unzulässig. Dies gilt auch dann, wenn die Zahlung aus einer subjektiven Perspektive sinnvoll bzw. gerechtfertigt erscheint.

7.1.2. Fehlende gesetzliche Grundlage

Im Beschluss der Sozialbehörde wird als Rechtsgrundlage Art. 50 Gemeindeordnung erwähnt. Auch der Stadtrat sieht Art. 50 Gemeindeordnung als rechtliche Grundlage, dies zumindest gemäss seiner der RPK erteilten Auskunft (vgl. vorn, Ziff. 6.1.1., S. 20 f.). Gemäss Art. 50 Gemeindeordnung kann die Sozialbehörde in eigener Kompetenz ausserhalb des Voranschlags für unvorhergesehene und dringende Anordnungen neue, einmalige Ausgaben bis CHF 30'000.00 sprechen.

Art. 50 Gemeindeordnung ist keine Rechtsgrundlage für staatliche Ausgaben bzw. diese Norm sagt nichts darüber aus, wofür Ausgaben getätigt werden können. Vielmehr hält er betragsmässig fest, wie viel die zuständigen Organe *im Rahmen ihrer Aufgaben und der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen* sprechen dürfen.

Wie ausgeführt, kam der vom Stadtrat konsultierte Rechtsanwalt R. in einem mehrseitigen Memorandum zum Schluss, es bestehe vorliegend keine gesetzliche Grundlage. Zu diesem Schluss gelangte er nach Prüfung der denkbaren Rechtsgrundlagen (Verfahrensbestimmungen der PUK bzw. KRG ZH, Verordnung über die Entschädigung der Behörden, Kommissionen und Funktionäre vom 7. April 2014 [Entschädigungsverordnung], kantonales Personalrecht).

Auch gemäss eigenen Abklärungen der PUK ist keine Rechtsgrundlage für die Zahlung ersichtlich: Die für die PUK einschlägigen Verfahrensbestimmungen von §§ 34g–34n



KRG ZH; vgl. dazu vorn, Ziff. 2.2.1., S. 10) sehen eine Übernahme von Rechtsvertretungskosten nicht vor. Gleiches gilt für das Personalrecht der Stadt Opfikon.

Das kantonale Personalrecht sieht unter bestimmten Umständen vor, dass *Angestellte* ihre Kosten für die Rechtsvertretung ganz oder teilweise vergütet erhalten (§ 32 Abs. 1 und 2 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 [PG ZH, LS 177.10] und Art. 20 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 [LS 177.111]). Das kantonale Personalrecht (PG ZH, Vollzugsverordnung zum Personalgesetz) dürften jedoch vorliegend keine Grundlage bilden, da die Stadt Opfikon dessen Anwendbarkeit für Stadtratsmitglieder von vornherein nicht vorsieht (Art. 1 Abs. 3 des Personalrechts der Stadt Opfikon vom 1. Januar 2012 [Personalrecht der Stadt Opfikon]). Sodann sieht das kantonale Personalgesetz selbst vor, dass „Mitglieder des Regierungsrates“ diesem nicht unterstellt sind (§ 1 Abs. 3 PG ZH). Wollte man also das kantonale Personalgesetz über die Verweisungsnorm von Art. 2 des Personalrechts der Stadt Opfikon anwenden, so wären Stadtratsmitglieder diesem nicht unterworfen, weil sie als Exekutivmitglieder – analog dem Regierungsrat des Kantons Zürich – behandelt werden müssten. Ausserdem ist in Art. 1 Abs. 3 des Personalrechts der Stadt Opfikon festgelegt, dass die Rechtsbeziehungen zwischen der Stadt Opfikon und Mitgliedern der Behörden und den beratenden Kommissionen sich nach einem separaten Erlass (Entschädigungsverordnung) richten. Damit kommen die Bestimmungen über den Rechtsschutz des PG ZH für die Mitglieder des Stadtrats nicht zur Anwendung. Allfällige Kosten für den Rechtsschutz lassen sich auch nicht unter Spesen nach Art. 6 Abs. 1 der Entschädigungsverordnung subsumieren. Auch die für die als Verfahrensordnung für das Untersuchungsverfahren anwendbaren §§ 34f–34n KRG ZH statuieren zugunsten der betroffenen Person einen Anspruch, einen Rechtsbeistand zu erhalten.

Selbst wenn man § 20 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz analog anwenden wollte, wäre gestützt auf diese Norm eine Kostenübernahme frühestens *nach* Abschluss des Verfahrens der PUK möglich. Demgemäss ist jedenfalls klar, dass derzeit bzw. im Zeitpunkt des Beschlusses der Sozialbehörde keine rechtliche Grundlage besteht bzw. bestand.



Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine rechtliche Grundlage für die Zahlung nicht ersichtlich ist und letztlich auch im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs von keinem der Verfahrensbeteiligten dargelegt werden konnte.

7.1.3. Unzuständiges Organ

Bei der Sozialbehörde handelt es sich um eine sogenannte Kommission mit selbständigen Verwaltungsbefugnissen, deren Aufgaben in erster Linie durch die Sozialhilfegesetzgebung bestimmt werden (THALMANN, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl., Wädenswil 2000, N. 3 zu § 115 GG ZH). Ganz allgemein – d.h. bei allen Kommissionen mit selbständigen Verwaltungsbefugnissen, selbst wenn spezialgesetzlich vorgesehen – *hat die Gemeindeordnung zu bestimmen, welche Ausgabenkompetenzen bestehen* (THALMANN, a.a.O., N. 1.11 zu § 56 GG ZH). Eine detaillierte Umschreibung erübrigt sich, wenn sich dies aus der übergeordneten Gesetzgebung ergibt (THALMANN, a.a.O., N. 2.25 zu § 56 GG ZH). Wenn die Gemeindeordnung nichts anderes bestimmt, verfügt die Kommission selbständig über die mit Voranschlag oder besonderen Gemeindebeschlüssen für ihren Verwaltungszweig bewilligten Mittel (THALMANN, a.a.O., N. 4.42 zu § 56 GG ZH).

Vorliegend legt die Gemeindeordnung keine besondere Ausgabenkompetenz für die Sozialbehörde fest, womit diese über die bewilligten Mittel selbständig für ihren Verwaltungszweig verfügen kann. Mithin sind für den Verwaltungszweig der Sozialbehörde die ihr zugewiesenen Aufgaben in der Gemeindeordnung heranzuziehen.

Gemäss Art. 52 Gemeindeordnung hat die Sozialbehörde folgende Aufgaben:

1. wirtschaftliche und persönliche Sozialhilfe
2. freiwillige Fürsorge
3. Zusatzleistungen zur AHV/IV
4. Stipendienwesen

Ausserdem ist sie für den Betrieb, die Entwicklung und Planung der bestehenden und künftigen Alterseinrichtungen zuständig.



Vor diesem Hintergrund ist die Sozialbehörde befugt, im Rahmen der vorerwähnten Aufgaben Ausgaben zu tätigen, nicht jedoch darüber hinaus. Insbesondere ist sie nicht zuständig, Mittel zu sprechen, die nicht unmittelbar der Erfüllung ihrer (in Art. 52 Gemeindeordnung erwähnten) Aufgaben dienen, sondern nur mittelbar. Beispiele wären etwa: Anmieten von Verwaltungsgebäuden, Zahlung von Löhnen an Angestellte etc. Die ausgerichtete Zahlung für Anwaltskosten fällt nicht in die Kategorie der unmittelbaren Aufgaben und damit auch nicht in die Kompetenz der Sozialbehörde.

Die Zuständigkeit fällt vielmehr in die Kompetenz des *Stadtrats*. Dieser ist gemäss Art. 38 Gemeindeordnung für die Besorgung sämtlicher städtischer Angelegenheiten zuständig, insbesondere die gesamte ökonomische Verwaltung, soweit die entsprechenden Aufgaben und Kompetenzen gemäss Gesetz nicht einem anderen Organ zufallen. Entsprechend hat sich Stadträtin Beatrix Jud Wenger mit ihrem Antrag zunächst und richtigerweise an den Stadtrat (und nicht etwa an die Sozialbehörde) gewandt, worauf dieser nicht etwa einen Nichteintretensentscheid mangels Zuständigkeit fällte, sondern das Begehren materiell prüfte und das Gesuch abwies.

7.1.4. Verhältnismässigkeit der Kosten

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist ein der gesamten Rechtsordnung inhärentes Prinzip, an welches sie staatliche Organe zu halten haben (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]). Die Übernahme von Rechtsvertretungskosten durch die öffentliche Hand setzt deren Verhältnismässigkeit voraus, selbst wenn eine gesetzliche Grundlage bestehen würde. Mit anderen Worten muss der betriebene Aufwand angemessen und insbesondere notwendig sein, mithin müssen die entstandenen Kosten der Komplexität des Verfahrens angepasst sein. Die Kosten für übermässigen Aufwand einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts sind somit nicht zu übernehmen. Die Verhältnismässigkeit des Aufwands des von Stadträtin Beatrix Jud Wenger beigezogenen Rechtsanwalts verneint der vom Stadtrat beigezogene Rechtsanwalt in seinem Memorandum vorliegend. Dieser geht davon aus, dass der stundenmässig betriebene Aufwand etwa um das Dreifache überzogen sei und im Übr-



gen eine „Vielzahl“ von Positionen enthalte, „die mit den getätigten rechtlichen Handlungen“ bzw. dem Ausstandsverfahren nichts zu tun hätten, unter anderem Korrespondenz mit dem Ehemann von Stadträtin Beatrix Jud Wenger oder die Ausarbeitung eines Strategiepapiers. Selbst wenn ein Anspruch auf Kostenersatz bestehen würde, wäre ein solcher lediglich im Umfang von CHF 5'400.00 inkl. MwSt. berechtigt.

Die PUK kann die erwähnten Überlegungen des vom Stadtrat beigezogenen Anwalts grundsätzlich nachvollziehen. Auch die PUK hegt gewisse Zweifel an der Verhältnismässigkeit der in Rechnung gestellten Kosten, auch wenn dies eine Frage ist, die primär zwischen Klient und Anwalt zu klären ist. Sollen Dritte die Kosten ganz oder teilweise tragen, wie hier die Stadt Opfikon, so wäre das Einholen einer vorherigen Kostengutsprache angezeigt. Wie ausgeführt, ersuchte Stadträtin Beatrix Jud Wenger zu keiner Zeit um Kostengutsprache, sondern ersuchte erst dann um Erstattung der Kosten, als diese bereits angefallen waren.

7.1.5. Fazit

Es fehlte der Sozialbehörde für deren Beschluss, Stadträtin Beatrix Jud Wenger CHF 10'000.00 für Anwaltskosten auszurichten, an der notwendigen Kompetenz (Zuständigkeit); zuständig war der Stadtrat. Es besteht keine ersichtliche gesetzliche Grundlage für die getätigte Zahlung. Die Angemessenheit des ausgerichteten Betrages ist zumindest zweifelhaft.

7.1.6. Verwaltungsrechtliche Folgerungen

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Stadträtin Jud Wenger der Stadtkasse die ausgerichteten CHF 10'000.00 zurückzuerstatten hat. Die Verfügung der Sozialbehörde der Stadt Opfikon vom 8. Dezember 2015 wurde Stadträtin Beatrix Jud Wenger als Gesuchstellerin, dem Abteilungsleiter der Abteilung Soziales, Gerd Bolliger, sowie der Sozialbehörde mitgeteilt. Diese Verfügung bleibt unangefochten und ist in formelle Rechtskraft



erwachsen. Wie die obenstehenden Ausführungen zeigen, dürfte diese Verfügung ursprünglich fehlerhaft sein, da sie von der unzuständigen Sozialbehörde erlassen wurde und da ausserdem keine gesetzliche Grundlage ersichtlich ist. Bei der Frage eines allfälligen Widerrufs einer formell rechtskräftigen Verfügung ist eine Interessenabwägung vorzunehmen erforderlich. Dabei ist zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz andererseits abzuwägen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 997a). Nach der Rechtsprechung ist der Widerruf einer ursprünglich fehlerhaften Verfügung nur zulässig, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (BGE 126 V 23; 122 V 367).

Vorliegend dürfte die Verfügung der Sozialbehörde der Stadt Opfikon vom 8. Dezember 2015 unrichtig sein. Dies gilt insbesondere deshalb, weil dieser Behörde bekannt war, dass der vom Stadtrat beauftragte Gutachter eine gesetzliche Grundlage als nicht gegeben erachtet hatte und die teilweise Vergütung der Anwaltskosten bewilligte. An der Berichtigung der Verfügung besteht ein sehr hohes Interesse, das die privaten Interessen von Stadträtin Beatrix Jud Wenger deutlich überwiegen, zumal auch sie gewusst haben muss, dass für die Ausrichtung der von ihr begehrten Entschädigung nach Ansicht des vom Stadtrat beigezogenen Rechtsanwalts keine gesetzliche Grundlage bestand. Unter diesen Umständen dürfte ein Widerruf der Verfügung der Sozialbehörde der Stadt Opfikon vom 8. Dezember 2015 zulässig sein. Sollte die Sozialbehörde ihre Verfügung nicht ohnehin bereits widerrufen haben, so wäre eine Aufsichtsbeschwerde an den Bezirksrat zu richten und diesem zu beantragen, im Sinn einer Ersatzvornahme die Verfügung zu widerrufen und das Kostengutsprachegesuch von Stadträtin Beatrix Jud Wenger abzuweisen. Durch den Widerruf der betreffenden Verfügung kann die Rückzahlung des zu Unrecht bewilligten Betrags erreicht werden.

7.1.7. Strafrechtliche Folgerungen

Die PUK holte hinsichtlich einer allfälligen strafrechtlichen Relevanz ein strafrechtliches Kurzgutachten ein (vgl. Anhang 3). Davon ausgehend, dass die Zahlung von



CHF 10'000.00 durch die Sozialbehörde an Stadträtin Beatrix Jud Wenger aus öffentlich-rechtlicher Sicht unrechtmässig war, kommt das strafrechtliche Kurzgutachten zum Schluss, dass strafbares Verhalten der beteiligten Behördenmitglieder vorliegen könnte.

Es gilt die Unschuldsvermutung. Fraglich ist – so auch das Kurzgutachten – ob die Mitglieder der Sozialbehörde bewusst, d.h. mit Wissen und Willen, eine unrechtmässige Zahlung beabsichtigt haben (bzw. ob der subjektiver Tatbestand erfüllt ist). Dies vermag die PUK nicht zu beurteilen.

Gemäss § 167 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG ZH, LS 211.1) haben Behörden und Angestellte des Kantons und der Gemeinden strafbare Handlungen anzuzeigen, die sie bei der Ausübung ihrer Amtstätigkeit wahrnehmen. Von dieser Anzeigepflicht umfasst sind beispielsweise Exekutivbehörden wie der Stadtrat oder der Bezirksrat, nicht hingegen der Grosse Gemeinderat (vgl. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, Zürich 2012, N. 5 ff. zu § 167 GOG ZH). Vor diesem Hintergrund ist der Gemeinderat nicht verpflichtet Strafanzeige zu erstatten; er kann dies im Rahmen seines Entschliessungsermessens tun, muss aber nicht. *Die PUK gibt vor diesem Hintergrund keine Empfehlung dazu ab, ob der Gemeinderat Strafanzeige erstatten soll.* Die PUK beantragt dem Grossen Gemeinderat, die Geschäftsprüfungskommission mit der Prüfung zu beauftragen, ob eine Strafanzeige gegen Unbekannt zu erstatten sei.

Zu betonen ist, dass die Unschuldsvermutung gilt, wonach jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt (Art. 32 Abs. 1 BV). Die PUK betont weiter, dass es einzig an den hierzu zuständigen Strafverfolgungsbehörden ist zu beurteilen, ob tatsächlich strafbares Verhalten vorliegt. Insoweit ist zu sagen, dass die PUK nur, aber immerhin, der Auffassung ist, dass im Zusammenhang mit dem besagten Beschluss der Sozialbehörde Anzeichen für strafbares Verhalten bzw. ein begründeter Anfangsverdacht vorliegt. Die PUK erachtet es als ihre Pflicht, hierüber transparent zu informieren.





7.2. Politische Beurteilung

Die PUK beurteilt die Vorgänge wie folgt:

- Es ist zu begrüßen und ist als umsichtig zu bezeichnen, dass der Stadtrat den Antrag von Stadträtin Beatrix Jud Wenger prüfte, unter anderem durch den Beizug eines Experten, und das Gesuch entsprechend den Ergebnissen dieser Prüfung abwies.
- Es erscheint äusserst fragwürdig, dass Stadträtin Beatrix Jud Wenger den identischen Antrag, der – gestützt auf eine juristische Expertise – zuvor vom Stadtrat abgelehnt worden war, der Sozialbehörde unterbreitete. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich bei den Mitgliedern der Sozialbehörde um Laien handelt, die im Nebenamt amten, und die grundsätzlich davon ausgehen dürften, dass Geschäfte, die ihnen die Präsidentin bzw. die Verwaltung vorlegt, zumindest rechtmässig sind.
- Es ist andererseits nur schwer nachvollziehbar, weshalb die Sozialbehörde – im Wissen um die vom Stadtrat in Auftrag gegebene juristische Expertise – dem Antrag von Stadträtin Beatrix Jud Wenger im Umfang von CHF 10'000.00 zustimmte, offenbar ohne zuvor je eigene juristische Abklärungen getätigt zu haben.
- Es erscheint nur schwer nachvollziehbar, dass der Stadtrat einerseits – im Wissen um die rechtlichen Umstände – den Antrag von Stadträtin Beatrix Jud Wenger abwies, andererseits aber den Beschluss der Sozialbehörde (in der Antwort an die RPK, vgl. dazu vorn, Ziff. 6.1.1, S. 20) rechtfertigte und darüber hinaus auch keinerlei Massnahmen traf.
- Der Umstand, dass eine Zahlung von CHF 10'000.00 vom unzuständigen Organ – darüber hinaus ohne ersichtliche gesetzliche Grundlage – erfolgen konnte, dies trotz Vorliegens einer juristischen Expertise und im Wissen auch des Stadtrates und von Kadermitarbeitern der Verwaltung führt zur Frage, inwieweit die Stadt über wirksame Mechanismen und Abläufe verfügt, um die Rechtmässigkeit und die Integrität ihrer Handlungen sicherzustellen.



8. Zu den Stellungnahmen

8.1. Zur Stellungnahme des Stadtrats

Bezüglich der bestrittenen Zuständigkeit kann auf obige Ausführungen verwiesen werden. Die Ansicht, dass die PUK sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht ausserhalb ihres ursprünglichen Auftrags gehandelt habe, ist aus den dargelegten Gründen nicht stichhaltig. Würde man es der PUK verwehren, Sachverhalte zu untersuchen, die eng mit dem Untersuchungsverfahren in Zusammenhang stehen, dürfte die PUK beispielsweise auch das Aussageverhalten einer betroffenen Person nicht würdigen. Ausserdem könnte sie Tatsachen, die erst nach Einsetzung der PUK entstanden sind, nicht mehr berücksichtigen. Es wäre nicht sachgerecht, der PUK zu verbieten, neue Aspekte in die Untersuchung miteinzubeziehen. Zutreffend ist die Ansicht des Stadtrats, dass eine Ausdehnung der Untersuchung einer Erweiterung ihres vom Grossen Gemeinderat gegebenen Auftrags bedarf. Diese Konstellation liegt vorliegend aber gerade nicht vor. Es wird im vorliegenden Zwischenbericht einzig gewürdigt, wie Stadträtin Beatrix Jud Wenger *während des laufenden Untersuchungsverfahrens* vorgegangen ist, um einen Ersatz für die für ihre Rechtsberatung notwendigen Kosten erhältlich zu machen, und wie die Sozialbehörde nach der Stellung des entsprechenden Gesuchs vorgegangen ist.

Auch die Ausführungen des Stadtrats, wonach erst die durch die PUK anhand genommene, „mit Mängeln behaftete Untersuchung“ den im Zwischenbericht aufgegriffenen Sachverhalt ausgelöst habe, überzeugen nicht. Der Stadtrat legt nicht dar, worin die angeblichen Mängel der Untersuchungsführung der PUK liegen. Solche sind denn auch nicht ersichtlich.

Soweit der Stadtrat geltend macht, der Zwischenbericht erwähne keinerlei weitere Untersuchungsergebnisse als gerade den im Zwischenbericht abgehandelten Sachverhalt und im Umkehrschluss daraus folgert, dass die Untersuchung ansonsten nichts ergeben habe, so missversteht er das Instrument des Zwischenberichts. Ein Zwischenbericht nimmt nicht zwingend einen Teil der Untersuchungsergebnisse vorweg. Im vorliegenden Fall hat die PUK aufgrund des laufenden Untersuchungsverfahrens ausdrücklich darauf verzichtet, die bisherigen Untersuchungsergebnisse integral oder teilweise zu veröffentlichen. Daraus zu folgern, die Untersuchung habe nichts ergeben, ist abwegig. Auch die sinngemäs-

se Vorstellung, dass eine parlamentarische Untersuchung zwingend in einem Vorwurf gegenüber den Betroffenen münden müsse, ist abwegig. *Vielmehr kann eine parlamentarische Untersuchung die betroffenen Personen auch substantiell entlasten. Die PUK bedauert, dass der Stadtrat die vorliegende Untersuchung offenbar nicht als Chance versteht, welche die betroffenen Personen von den in den Medien und im Parlament geäußerten Vorwürfen zu entlasten.* Die PUK vertritt dezidiert die Ansicht, dass sie sich - unabhängig vom Untersuchungsergebnis - *für die von ihr geführte Untersuchung* vor dem Grossen Gemeinderat rechtfertigen muss. Sie führt ihre Untersuchung *ergebnisoffen* durch.

Auch der vom Stadtrat ins Feld geführte Umstand, dass Stadträtin Beatrix Jud Wenger bei der Behandlung ihres Gesuchs um Erstattung der Kosten für die von ihr in Anspruch genommene Rechtsberatung in den Ausstand getreten ist, vermag sie in keiner Weise zu entlasten. Der Stadtrat verkennt damit, dass der Vorwurf der PUK nicht darin gründet, dass die Sozialbehörde sich an und für sich an Kosten, die im Rahmen eines parlamentarischen Untersuchungsverfahrens anfallen, beteiligt. Vielmehr erscheint der PUK vorliegend fragwürdig, dass Stadträtin Beatrix Jud Wenger ein Gesuch um Übernahme der Kosten stellte, nachdem sie zuvor erfolglos an den Stadtrat gelangt war. Gewissermassen hat sie so den Entscheid des Stadtrats mit dem Entscheid der von ihr präsidierten Sozialbehörde übersteuert.

Der Stadtrat kündigt der PUK an, er werde sie in aller Öffentlichkeit in ihre politische und nötigenfalls auch rechtliche Verantwortung nehmen. Die PUK erachtet die diesbezüglichen Ausführungen als unsachlich und polemisch.

Den Ausführungen des Stadtrats, wonach Sinn und Zweck der PUK sei, das Vertrauen in die Institutionen wiederherzustellen bzw. zu stärken und für Transparenz zu sorgen, was bei einer Veröffentlichung des Berichts nicht möglich sei, kann die PUK nicht folgen. Es liegt in der Natur der Sache, dass eine politische Aufarbeitung von Vorkommnissen grosser Tragweite zu Vorwürfen gegen den von der Untersuchung betroffenen Personen führen kann. Ziel einer solchen politischen Aufarbeitung ist es vorwiegend insbesondere eine Transparenz gegenüber den Bürgern. *Die PUK ist überzeugt, dass nur die Schaffung*



grösstmöglicher Transparenz zu einem Vertrauen in die Institutionen der Stadt führt bzw. dieses festigt.

Soweit der Stadtrat schliesslich der PUK vorwirft, in einem „Rundumschlag gegen die Stadt“ auszuholen, so verkennt er, dass die PUK eine politische Wertung des Vorgefallenen vornimmt. Aus der Stellungnahme des Stadtrats geht offensichtlich ein grosser Unmut über die Untersuchungsführung und das vorliegend im vorliegenden Zwischenbericht abgehandelte Untersuchungsergebnis hervor, was der Stadtrat auch unumwunden zugibt. Von einem Rundumschlag gegen die Institutionen der Stadt Opfikon kann dabei aber keine Rede sein. Nur weil der Stadtrat mit der Untersuchungsführung und dem Untersuchungsergebnis unzufrieden ist, bedeutet dies noch lange nicht, dass die PUK den Institutionen der Stadt Opfikon schaden will – im Gegenteil: Wie erwähnt kann nur eine transparente Aufarbeitung zur Festigung des allgemeinen Vertrauens in die Institutionen führen. Im Gegenteil erscheinen die vom Stadtrat angedrohten Konsequenzen als Rundumschlag gegen die PUK. Es ist das erklärte Ziel der PUK, dass das Vertrauen in die Institutionen zu festigen. Die Bürgerinnen und Bürger sollen darauf vertrauen können, dass in der Stadt Opfikon festgestellte Mängel nicht, aus welchen Gründen auch immer, ohne Folgen bleiben.

8.2. Zur Stellungnahme der Sozialbehörde

Soweit die Sozialbehörde ausführt, sie sei vom Umstand überrascht, dass rund eineinhalb Jahre nach dem Einsetzen der PUK bis heute erst zwei Personen je zweimal einvernommen worden seien, kann auf obige Ausführungen zum bisherigen Verlauf der Untersuchung verwiesen werden. Insbesondere erschöpfen sich die bisherigen Untersuchungshandlungen entgegen den Ausführungen der Sozialbehörde nicht auf die besagten Befragungen.

Die Ausführungen der Sozialbehörde, wonach die Zuständigkeit für die Beurteilung der im vorliegenden Zwischenbericht aufgeworfenen Sachverhalt nicht gegeben sei und für die Prüfung laufender Geschäfte das Parlament ständige Kommissionen besitze, ist darauf hinzuweisen, dass nicht die PUK diese Sachverhalte nicht aus eigenen Antrieb, sondern



auf ausdrückliches Ersuchen der RPK untersucht hat. Nach sorgfältiger Abwägung aller auf dem Spiel stehender Interessen ist die RPK zum Schluss gelangt, die PUK sei für die Untersuchung der an Stadträtin Beatrix Jud Wenger ausgerichteten Zahlung von 10'000 Franken zuständig, zumal diese Zahlung in einem direkten Zusammenhang mit dem Untersuchungsverfahren stehe. Die PUK hat ihre Zuständigkeit aus den erwähnten Gründen bejaht. Freilich hat die PUK damit nicht zu einer neuen ständigen Kommission mutiert, welche die laufenden Geschäfte untersucht.

Die Sozialbehörde führt aus, die PUK dürfe sich nicht einmischen, wie die betroffenen Personen sich im Untersuchungsverfahren verbeiständen liessen und wer deren Kosten zu tragen habe. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Die PUK stellt das Recht der Betroffenen, sich anwaltlich beraten oder vertreten zu lassen, denn auch nicht in Frage.

Von einer kritiklosen Übernahme des Memorandums des vom Stadtrat beigezogenen Anwalts kann keine Rede sein. Dass dessen Schlüsse – insbesondere hinsichtlich der fehlenden Rechtsgrundlage für eine Vergütung der Anwaltskosten – falsch sein sollen, tut auch die Sozialbehörde nicht dar; auch sie vermag keine Rechtsgrundlage für die fragliche Zahlung zu nennen.

Die Ausführungen zur Praxis des Regierungsrats des Kantons Zürich, wonach dieser den Regierungsratsmitgliedern Rechtsschutz im Fall der Einsetzung einer PUK jeweils gewähre und die Kosten hierfür übernehme, greifen nur schon deswegen zu kurz, *weil vorliegend das Pendant zum Regierungsrat – der Stadtrat – die Übernahme der Kosten explizit und rechtskräftig abgelehnt hat.*

Vorliegend geht es gerade nicht darum, dass sich Stadträtin Beatrix Jud Wenger in ihrer Funktion als Stadträtin verbeiständet hat. Erstens war sie, wie vorn ausgeführt, gar nicht durch Rechtsanwalt S. offiziell verbeiständet, zweitens handelte es sich beim fraglichen Verfahren um ein von ihr als Privatperson initiiertes Ausstandsverfahren gegen Gemeinderat Richard Muffler, drittens hat der Stadtrat ausdrücklich darauf verzichtet, ein derartiges Ausstandsgesuch zu stellen, viertens hat der für eine allfällige Kostenübernahme zuständige Stadtrat nach Einbezug aller Interessen ein entsprechendes Gesuch um rückwirkende Kostenübernahme abgewiesen und fünftens handelte es sich bei den von Stadträtin Beatrix Jud Wenger verlangten und schliesslich von der Sozialbehörde teilweise erhält-



lich gemachten Kosten nicht um eine *Kostengutsprache*, sondern die *rückwirkende* Übernahme von bereits angefallenen Kosten für eine bereits auf privater Basis initiierten Rechtsberatung, dies – wie erwähnt – im Zusammenhang mit dem vom Stadtrat ausdrücklich nicht gewünschten Ausstandsverfahren.

Soweit die Sozialbehörde geltend macht, die PUK sei als politisches Gremium nicht imstande, die Zuständigkeit der Sozialbehörde abzuklären und habe sie sich darauf zu beschränken, Vorgefallenes politisch zu würdigen, verkennt sie die Tragweite einer parlamentarischen Untersuchung. Zwar ist es zutreffend, dass die PUK weder Strafverfolgungsbehörde noch Gericht ist. Indes können im Raum stehende verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Fragen nicht einfach offengelassen werden. So hat auch die vom Kantonsrat Zürich eingesetzte PUK BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich zwei Expertengutachten zur Beurteilung der Anlagetätigkeit der Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich eingesetzt (vgl. Schlussbericht der PUK BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich, S. 16 ff.). Die PUK vermag die Zuständigkeit der Sozialbehörde nicht abschliessend und vor allen Dingen nicht verbindlich zu beantworten. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang immerhin, dass auch der Rechtsvertreter der Sozialbehörde nicht geltend macht, die Sozialbehörde sei tatsächlich zuständig gewesen.

9. Anträge an den Gemeinderat

Die PUK beantragt dem Grossen Gemeinderat vor dem Hintergrund vorstehender Erwägungen:

- dessen Geschäftsprüfungskommission mit der Prüfung zu beauftragen, ob bei der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich unter Beilage des Zwischenberichts der PUK Strafanzeige gegen Unbekannt zu erstatten sei,
- den Zwischenbericht der PUK dem Bezirksrat zuzustellen, verbunden mit dem Antrag, aufsichtsrechtliche Schritte einzuleiten, insbesondere die Rückforderung der bezahlten CHF 10'000.00 anzuordnen und den Grossen Gemeinderat über den Gang und das Resultat des Aufsichtsverfahrens zu informieren.





10. Anhänge

Anhang 1: Beschluss der Sozialbehörde der Stadt Opfikon vom 8. Dezember 2015

Anhang 2: Beschluss des Stadtrats Opfikon vom 22. Dezember 2015

Anhang 3: Gutachten von Rechtsanwalt Dr. iur. Andrea Taormina und Rechtsanwältin Dr. iur. Christa Stamm vom 12. Juni 2016

GROSSER GEMEINDERAT

Parlamentarische Untersuchungskommission Sozialbehörde der Stadt Opfikon

c/o Advokaturbüro Egg Gwerder Spescha

Langstrasse 4

8004 Zürich

www.opfikon.ch

Anhang 1:

Beschluss der Sozialbehörde der Stadt Opfikon vom 8. Dezember 2015



SOZIALBEHÖRDE OPFIKON

Sitzung vom 08. Dezember 2015
Beschluss-Nr. 139

**Antrag von Beatrix Jud auf Übernahme Kosten
juristische Unterstützung in Sachen PUK Sozialbehörde****Ausgangslage:**

Die Sozialbehörde der Stadt Opfikon und deren Präsidentin Beatrix Jud stehen im Zentrum der Parlamentarischen Untersuchungskommission PUK Sozialbehörde. Aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung im Frühjahr 2015 war es Beatrix Jud nicht möglich, seitens des Stadtrates das angefragte Ausstandsbegehren von Richard Muffler (Ehemann des ehemaligen Sozialbehörde-Mitgliedes Daniela Fehr Muffler) mitzudiskutieren. Der Stadtrat verzichtete in der Folge mit Schreiben vom 18.05.2015 auf ein Ausstandsbegehren.

Nach der Rückkehr von Beatrix Jud stellte sie als persönlich Betroffene in ihrer Funktion als Präsidentin Sozialbehörde und als Stadträtin Soziales ein Ausstandsbegehren für Richard Muffler an den Bezirksrat mit Schreiben vom 11.06.2015 (mit Kopie an die PUK). Mit Schreiben vom 27.06.2015 hielt die PUK fest, dass diese für die Beurteilung des Ausstandsgesuches zuständig sei und darüber am 30.06.2015 befinden werde. Mit Schreiben vom 28.06.2015 an die PUK spezifizierte Beatrix Jud ihr Begehren. Die PUK entschied mit Beschluss vom 30.06.2015, dass Richard Muffler nicht in den Ausstand zu treten habe wegen Beatrix Jud innert Frist beim Bezirksrat einen Rekurs beantragte (Rekurs vom 29.07.2015).

Mit Beschluss vom 09.09.2015 stützte der Bezirksrat den Antrag von Beatrix Jud und entschied, dass Richard Muffler in den Ausstand zu treten habe. Richard Muffler reichte innert Frist eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht ein (19.10.2015). Das Ausstandsverfahren ist zurzeit noch immer offen und die Arbeit der PUK ist derzeit sistiert, obwohl die PUK nach Art. 67 GO-GR beschlussfähig ist, wenn die Mehrheit der Mitglieder anwesend ist (so auch § 8 Abs. 1 KRG).

Die in der Zeit ab 1. März während der gesundheitlichen Abwesenheit von Beatrix Jud gestörte Zusammenarbeit innerhalb der Sozialbehörde und mit der Verwaltung hatte schliesslich zur Folge, dass durch die Sozialbehörde mit Antrag vom 10.06.2015 eine aufsichtsrechtliche Untersuchung beim Bezirksrat beantragt werden musste. Das Sozialbehörden-Mitglied Daniela Fehr Muffler reichte daraufhin den Rücktritt aus der Sozialbehörde ein. Mit Beschluss des Bezirksamtes vom 02.07.2015 wurde Daniela Fehr Muffler mit sofortiger Wirkung als Mitglied aus der Sozialbehörde entlassen. Gemäss weiterem Beschluss vom 02.07.2015 kann der Bezirksrat aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage keine abschliessende Beurteilung vornehmen. Die Untersuchung ist zurzeit sistiert.

Kostenfolge juristischer Beistand:

Beatrix Jud benötigte seit der Zeit der medialen und persönlichen Angriffe juristischen Beistand durch das Anwaltsbüro Gerber Séchy & Partner. Mit Schreiben vom 21.09.2015 stellt das Anwaltsbüro für die PUK Sozialbehörde Rechnung an Beatrix Jud im Betrag von CHF 17'644.35.



Die Unterstützung zur Klärung des politischen Wohnsitzes wurde durch Beatrix Jud vollumfänglich privat finanziert.

Beatrix Jud gelangte an den Stadtrat mit der Bitte, die Rechnung vollumfänglich zu übernehmen. Der Stadtrat liess daraufhin die Rechnung durch lic. iur. Rechtsanwalt Johann-Christoph Rudin (Anwalt der Stadt Opfikon), Rudin Rechtsanwälte Zürich, überprüfen. Dieser kam bei der Beurteilung gemäss Memorandum vom 22.11.2015 einseitig zur Ansicht (es gibt keine Rechtsgrundlage), dass betroffene Stadträte ihren anwaltschaftlichen Beistand selbst finanzieren müssen. Weiter hält RA Rudin fest: "Selbst wenn ein Anspruch auf Kostenersatz bestehen würde, wäre ein solcher im konkreten Fall lediglich im Umfang von CHF 5'400 berechtigt." Der Stadtrat sieht sich aufgrund dieser Argumentationsweise ausser Stande, die Kosten zu übernehmen und verweist an die Sozialbehörde.

Erwägungen:

Die Sozialbehörde anerkennt die Notwendigkeit des Ausstandsverfahrens gegen Richard Muffler, wie dies auch der Bezirksrat in seiner Argumentation festhält. Es ist davon auszugehen, dass erst mit dem Ausstand von Richard Muffler eine unvoreingenommene Weiterarbeit der PUK möglich sein wird. Ebenso ist es politisch von Bedeutung für die Sozialbehörde, dass ein unvoreingenommener Bericht der PUK an den Gemeinderat erstattet wird.

Im Weiteren stellt die Sozialbehörde fest, dass eine persönliche Betroffenheit von Beatrix Jud besteht. Diese basiert auf einem persönlichen Zwist zwischen Richard Muffler und Beatrix Jud.

Aus der Sicht der Sozialbehörde ist das Verhalten von Beatrix Jud, für sich und die Sozialbehörde juristischen Beistand zu nehmen, legitim. Die Sozialbehörde beurteilt die durch Beatrix Jud beantragte juristische Unterstützung als teilweise gegeben, insbesondere da die Stadt Opfikon keinen hausinternen Juristen hat. Trotz einer fehlenden Kostengutsprache und eines fehlenden konkreten Auftrages an einen juristischen Beistand durch den Stadtrat oder die Sozialbehörde ist eine beschränkte Kostenübernahme in diesem besonderen Fall angezeigt.

Die Sozialbehörde erwartet, dass weitere Verfahrensschritte im Zusammenhang mit der PUK, - wenn immer möglich - vorgängig mit der Sozialbehörde abzusprechen sind. Allfällige Korrespondenzen sind im Namen der Sozialbehörde zu versenden und nicht in persönlichem Namen der Präsidentin, sofern sie diese nicht persönlich betreffen. Weitere Kosten werden durch die Sozialbehörde übernommen, wenn sie vorgängig beantragt und bewilligt wurden.

Formales:

Gemäss Artikel 50 "Ausgabenbefugnis" der Gemeindeordnung der Stadt Opfikon vom 21.09.2009 kann die Sozialbehörde als Behörde mit selbständiger Verwaltungsbefugnis in eigener Kompetenz ausserhalb des Voranschlages für unvorhergesehene oder dringliche Anordnungen über neue, einmalige Ausgaben bis CHF 30'000 je Sachgeschäft beschliessen.

DIE SOZIALBEHOERDE BESCHLIESST:

1. Dem Antrag von Beatrix Jud wird unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen teilweise zugestimmt.



2. An die beantragten Kosten von CHF 17'644.35 werden durch die Sozialbehörde gestützt auf Art. 50 der Gemeindeordnung CHF 10'000.00 übernommen und auf Konto 4565.3180.000 Dienstleistungen Dritter verbucht.
3. Weitere Verfahrensschritte im Zusammenhang mit der PUK, sind - wenn immer möglich - vorgängig mit der Sozialbehörde abzusprechen. Allfällige Korrespondenzen sind im Namen der Sozialbehörde zu versenden und nicht in persönlichem Namen der Präsidentin, sofern sie diese nicht persönlich betreffen.
4. Weitere Kosten werden durch die Sozialbehörde übernommen, wenn sie vorgängig beantragt und bewilligt wurden.

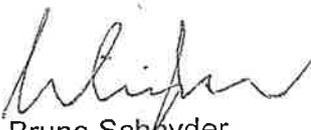
Mitteilung an:

- Beatrix Jud, Grossackerstrasse 43, 8152 Opfikon
- Gerd Bolliger, Abteilungsleiter Soziales
- Sozialbehörde Opfikon

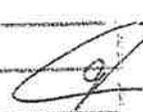
SOZIALBEHOERDE OPFIKON

Der Stv. Präsident:

Sekretariat:


Bruno Schwyder


Renate Gafner / Francesco Zanetti

	Datum	Visum
Kontrolle		
V. P. S.		
	15.12.	
4565.3180.000		
...		

Versandt: 15. Dezember 2015



GROSSER GEMEINDERAT

Parlamentarische Untersuchungskommission Sozialbehörde der Stadt Opfikon
c/o Advokaturbüro Egg Gwerder Spescha
Langstrasse 4
8004 Zürich
www.opfikon.ch

Anhang 2:

Beschluss des Stadtrats Opfikon vom 22. Dezember 2015



PROTOKOLL DES STADTRATES OPFIKON

SITZUNG VOM 22. Dezember 2015
BESCHLUSS NR. 2015-370
SEITE 1 von 2

PUK Sozialbehörde
Anwaltskosten Beatrix Jud

B5.1 / F6.A

Am 30. März 2015 hat der Gemeinderat Opfikon eine Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) zur umfassenden Abklärung und Aufarbeitung der Vorgänge in und um die Amtsführung der Abteilung Soziales eingesetzt. Die PUK soll insbesondere abklären, ob die Führung und Organisation der Abteilung Soziales adäquat wahrgenommen wurde. Dies unter anderem vor dem Hintergrund der gesundheitlichen Einschränkungen der zuständigen Stadträtin.

In diesem Kontext stellten sich diverse formelle Fragen. Unter anderem ging es um die Einsicht in die Protokolle des Stadtrates und der Sozialbehörde sowie den Ausstand von Gemeinderat Richard Muffler. Die PUK liess sich diesbezüglich rechtlich beraten und verfügte für die Jahre 2015 und 2016 über einen Kreditrahmen von CHF 55'000.

Zurzeit ist ein Rekurs beim Verwaltungsgericht bezüglich des Ausstands von Richard Muffler hängig. Bis zum Vorliegen eines Entscheides hat die PUK ihre Arbeit sistiert.

Der Stadtrat ist an einer konstruktiven und sorgfältigen Untersuchung interessiert. Deshalb wurde bewusst auf eine juristische Auseinandersetzung mit der PUK verzichtet (Schreiben vom 18. Mai 2015). Ausser einer Anfrage an den Bezirksrat wurde auf Rechtsmittel verzichtet und auch kein Anwalt beigezogen.

Stadträtin Beatrix Jud hat sich von ihrem privaten Anwalt, Büro Gerber Séchy & Partner, in dieser Angelegenheit beraten lassen. Insbesondere hat sie beim Bezirksrat Bülach einen Rekurs bezüglich der Ausstandspflicht von Richard Muffler eingereicht.

Nach verschiedenen Gesprächen mit dem Stadtschreiber, erstmals am 16. Juni 2015, ersucht Beatrix Jud den Stadtrat die aufgelaufenen Anwaltskosten zu begleichen. Gemäss Rechnung vom 21. September 2015 beträgt der Aufwand CHF 17'644.35.

Am 25. November 2015 wurde Beatrix Jud durch Stadtpräsident Paul Remund, Finanzvorstand Valentin Perego und Stadtschreiber Hansruedi Bauer mitgeteilt, dass die Stadt Opfikon die persönlichen Anwaltskosten nicht übernimmt. Grundlage bildeten verschiedene Abklärungen und ein Memorandum von Rechtsanwalt Johann-Christoph Rudin. Im Weiteren wurde festgestellt, dass diesbezüglich kein Kredit gesprochen wurde und der Stadtrat auch keinen diesbezüglichen Auftrag erteilt hat. Der Stadtrat wurde laufend mündlich über die Situation informiert.



PROTOKOLL DES STADTRATES OPFIKON

SITZUNG VOM 22. Dezember 2015
BESCHLUSS NR. 2015-370
SEITE 2 von 2

Mit Beschluss vom 8. Dezember 2015 hat die Sozialbehörde Opfikon einen Betrag von CHF 10'000 an die Rechtskosten von Beatrix Jud gesprochen.

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 an den Stadtschreiber ersucht Beatrix Jud den Stadtrat den Restbetrag von CHF 7'644.35 zu übernehmen. Beatrix Jud ist der Ansicht, dass sie einen Anspruch auf den Rechtsbeistand hat.

Der Stadtrat hat die Situation beraten und hält an der bisherigen Ansicht des Stadtpräsidenten und des Finanzvorstandes fest.

Auf Antrag des Stadtpräsidenten

BESCHLIESST DER STADTRAT:

1. Die Übernahme der Restkosten von CHF 7'644.35 für die Rechtsberatung von Beatrix Jud wird abgelehnt
2. Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen, vom Erhalt der schriftlichen Mitteilung an gerechnet, schriftlich und unter Beilage einer Kopie dieses Beschlusses beim Bezirksrat Bülach, Bahnhofstrasse 3, 8180 Bülach, Rekurs eingereicht werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen.
3. Mitteilung durch Protokollauszug an:
 - Beatrix Jud, Grossackerstrasse 43, 8152 Opfikon
 - Stadtschreiber
MS-PUKRechnungJud

NAMENS DES STADTRATES

Der Präsident: Der Stadtschreiber:


Paul Remund


Hansruedi Bauer



VERSANDT:
23. DEZ. 2015

GROSSER GEMEINDERAT

Parlamentarische Untersuchungskommission Sozialbehörde der Stadt Opfikon
c/o Advokaturbüro Egg Gwerder Spescha
Langstrasse 4
8004 Zürich
www.opfikon.ch

Anhang 3:

Gutachten von Rechtsanwalt Dr. iur. Andrea Taormina und Rechtsanwältin Dr. iur. Christa Stamm vom 12. Juni 2016



Strafrechtliches Kurzgutachten

Betreff : **Erstattung von Anwaltskosten durch die Sozialbehörde**
an : **PUK Gemeinderat Opfikon**
von : **Dr. Andrea Taormina; Dr. Christa Stamm**
Datum : **12. Juni 2016**

ENTWURF 1.01

I. Sachverhalt

- 1 Der Gemeinderat Opfikon setzte am 30. März 2015 die „PUK Sozialbehörde“ („**PUK**“) ein. Diese soll die Amtsführung von Stadträtin Beatrix Jud („**BJ**“) untersuchen. Am 11. Juni 2015 stellte BJ in eigenem Namen, auf privatem Briefpapier unter Angabe der Privatadresse ein Ausstandsbegehren gegen das PUK-Mitglied Richard Muffler. Die PUK wies das Ausstandsbegehren mit Beschluss vom 30. Juni 2015 ab. BJ erhob hiergegen Rekurs an den Bezirksrat Bülach. Dieser hiess den Rekurs am 9. September 2015 gut. Eine hiergegen von Muffler an das Verwaltungsgericht erhobene Beschwerde hiess dieses mit Urteil vom 2. Dezember 2015 (rechtskräftig) gut.
- 2 Mit Rechnung vom 21. September 2015 forderte RA Georg Séchy von BJ „in Sachen PUK Sozialbehörde“ Honorar in der Höhe von CHF 17'644.35. BJ beantragte dem Stadtrat, ihr diese Anwaltskosten aus der Stadtkasse zu vergüten.

A M T

Der Stadtrat liess von RA Johann-Christoph Rudin eine rechtliche Einschätzung über die Kostenübernahme durch das Gemeinwesen erstellen. Im Memorandum vom 22. November 2015 („**Memorandum**“) kam RA Rudin zum Schluss, dass für eine Kostenübernahme keine Rechtsgrundlage bestehe. Der Stadtrat verzichtete auf eine Kostenübernahme.

- 3 In der Folge beantragte BJ bei der Sozialbehörde Opfikon die Übernahme der Anwaltskosten. Mit Beschluss vom 8. Dezember 2015 („**Beschluss**“) gewährte die Sozialbehörde eine Entschädigung an BJ in der Höhe von CHF 10'000. Der Beschluss verwies in den Erwägungen auf das Memorandum. Als Rechtsgrundlage für die Kostenübernahme nennt der Beschluss jedoch Art. 50 der Gemeindeordnung. BJ befand sich bei diesem Beschluss im Ausstand. Die Entschädigung in der Höhe von CHF 10'000 wurde ausbezahlt.

II. Fragestellung

- 4 Die PUK hat uns mit E-Mail vom 30. Mai 2016 beauftragt, aufgrund des in dieser E-Mail umschriebenen Sachverhaltes die Frage abzuklären, ob Anzeichen für allfällig strafbares Verhalten vorliegen, die das Erstellen einer Strafanzeige nahe legen?
- 5 Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf das Strafrecht und stellt in öffentlich-rechtlicher Hinsicht auf das Ergebnis des Memorandums ab. Nicht untersucht wird, ob die PUK beim Vorliegen eines Verdachts von strafbaren Handlungen zur Einreichung einer Strafanzeige verpflichtet wäre.

III. Ergebnisse

1. Der Tatbestand des **Amtsmissbrauches** gemäss Art. 312 StGB kann mangels Missbrauches von Amtsgewalt nicht erfüllt sein. Es kann auch keine **ungetreue Amtsführung** gemäss Art. 314 StGB vorliegen, da eine solche ein privatrechtliches Handeln der Behörde voraussetzen würde.
2. Es bestehen Anzeichen dafür, dass in rechtlicher Hinsicht das Verhalten der Mitglieder der Sozialbehörde den Tatbestand der qualifizierten **Veruntreuung** im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 2 StGB und der qualifizierten **ungetreuen Geschäftsbesorgung** gemäss Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 StGB

A M T

erfüllt. Hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen des Vorsatzes der Behördenmitglieder ist mit Beweisproblemen zu rechnen.

IV. Untersuchung

A. Amtsmissbrauch (Art. 312 StGB)

1. Objektiver Tatbestand

6 Bei Art. 312 StGB handelt es sich um ein Sonderdelikt, das nur von Beamten und Behördenmitgliedern begangen werden kann. Tatbestandsmässig ist nicht der Missbrauch des Amtes, sondern ausschliesslich der Missbrauch der Amtsgewalt.¹ Dieser Begriff wird in Lehre und Rechtsprechung eng ausgelegt. Amtsgewalt umfasst nur Machtbefugnisse, welche durch das Amt verliehen werden, mithin die Berechtigung, Zwang auszuüben.² Eine Ausübung von Amtsgewalt liegt beispielsweise vor, wenn ein Polizist physischen Zwang anwendet.³ Bei der Vergabe von Beschaffungsaufträgen der öffentlichen Hand wird hingegen kein Zwang ausgeübt.⁴ Entscheidend ist das Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung. Nur dort, wo in Freiheitsrechte von Rechtsunterworfenen eingegriffen wird, ist von Amtsgewalt im Sinne von Art. 312 StGB die Rede.⁵

7 Vorliegend hat die Behörde über die Ausrichtung einer Entschädigung an ein Behördenmitglied entschieden. Der Beschluss betrifft keine Einschränkung der Freiheitsrechte, sondern spricht BJ eine Leistung zu. Es fehlt somit an der Ausübung von Amtsgewalt im Gesetzessinne.

¹ HEIMGARTNER, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Auflage 2013, N 6 zu Art. 312 (nachfolgend zitiert als „BSK-StGB II“, [Autor], [Fundstelle]), mit Verweis auf BGE 76 IV 284, 286 und auf die französischsprachige („abus d’*autorité*“) und die italienischsprachige („*abuso di autorità*“) Marginalie.

² BGE 114 IV 41, 42; 99 IV 13.

³ BGE 127 IV 209; 104 IV 22.

⁴ BGE 101 IV 407, 410 (kritisch dazu GALLI et.al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 2. Auflage 2007, S. 338).

⁵ Vgl. z.B. Bundesstrafgericht, Urteil der Strafkammer vom 10. November 2015, SK.2015.35, E. 2.3.2, mit Verweis auf BSK-StGB II, HEIMGARTNER, N 8 zu Art. 312.

A M T

2. Fazit

8 Amtsmissbrauch setzt voraus, dass die zu beurteilende Handlung eine Ausübung von Amtsgewalt darstellt. Das ist vorliegend nicht der Fall. Damit braucht nicht weiter untersucht zu werden, ob Missbräuchlichkeit vorliegt. Eine Erfüllung des Tatbestandes von Art. 312 StGB kommt nicht in Frage.

B. Ungetreue Amtsführung (Art. 314 StGB)

1. Objektiver Tatbestand

9 Ungetreue Amtsführung kann nur durch Beamte oder Behördenmitglieder begangen werden. Es handelt sich um ein Sonderdelikt. Es kommt nicht jede behördliche Handlung in Frage, sondern nur solche, die mit einem Rechtsgeschäft in Zusammenhang stehen. Dieses Tatbestandselement wird von Lehre und Rechtsprechung so ausgelegt, dass nur die Stellvertretung des Gemeinwesens in privatrechtlichen Geschäften gemeint ist.⁶ Privatrechtliches Handeln liegt insbesondere beim Anwendungsfall der Vergabe von öffentlichen Arbeiten vor.⁷ Weder die unrechtmässige Entnahme von Spesen⁸ noch das Fällen eines Kostenentscheides⁹ stellt ein Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 314 StGB dar.

10 Der Beschluss betrifft keinen privatrechtlichen Vertrag, sondern einen hoheitlichen behördlichen Akt, nämlich das Ausrichten einer Entschädigung an ein Behördenmitglied. Das Tatbestandsmerkmal des rechtsgeschäftlichen Handelns fehlt somit. In solchen Fällen ist der allgemeinere Tatbestand von Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung) subsidiär auf Behördenmitglieder anwendbar (dazu siehe unten lit. D).¹⁰

⁶ BSK-StGB II, NIGGLI, N 19 zu Art. 314, mit weiteren Hinweisen; Bundesstrafgericht, Urteil der Strafkammer vom 5. Mai 2010, E. 2.2.3; Urteil der Strafkammer vom 30. Januar 2008, E. 3.3.1; JOSITSCH, Der Begriff der Schädigung öffentlicher Interessen in Art. 314 StGB, in: AJP 2013, S. 1000, 1001; TRECHSEL/VEST, in: Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Auflage 2013, N 2 zu Art. 314.

⁷ BGE 101 IV 407, 410; 109 IV 168.

⁸ BSK-StGB II, NIGGLI, N 21 zu Art. 314, mit Hinweis auf eine abweichende Meinung.

⁹ BSK-StGB II, NIGGLI, a.a.O., mit Hinweisen.

¹⁰ BSK-StGB II, [NIGGLI?] N 185 zu Art. 158; BGE 81 IV 228, 231; Bundesstrafgericht, Urteil der II. Beschwerdekammer vom 12. Juni 2008, E. 5.3; JOSITSCH, a.a.O., S. 1003 f.; TRECHSEL/VEST, a.a.O., N 6 zu Art. 314.

A M T

2. Fazit

11 Da der Beschluss nicht den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, sondern die Ausrichtung einer Entschädigung an ein Behördenmitglied, kann kein Fall der ungetreuen Amtsführung gemäss Art. 314 StGB vorliegen.

C. Veruntreuung (Art. 138 StGB)

1. Objektiver Tatbestand

1.1. Anvertraute Vermögenswerte

12 Vorliegend kommt die Tatbestandsvariante der Veruntreuung von *Vermögenswerten* in Frage (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Zunächst ist zu beurteilen, ob es sich bei den Mitteln, welche die Behörde mit ihrem Beschluss BJ zusprach, um anvertraute Vermögenswerte im Sinne des Gesetzes handelte.

13 Als anvertraut gilt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung „was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse eines anderen zu verwenden“.¹¹ Diese Treuepflicht wird in vielen Fällen auf einer privatrechtlichen Abrede zwischen Treugeber und Treuhänder gründen. Tatbestandsmässig ist jedoch auch eine gesetzliche Treuepflicht.¹² Das Anvertrautsein setzt voraus, dass der Treuhänder ohne Mitwirkung des Treugebers über Vermögenswerte verfügen kann. Der Treuhänder muss mithin Verfügungsmacht über den Vermögenswert erhalten.¹³ Nicht erforderlich ist, dass der Treuhänder eine Zahlung direkt selber auslösen kann.¹⁴ Es ist ausreichend, dass der Treuhänder befugt ist, die Anweisung zur Ausführung einer solchen Zahlung zu geben.

14 Vorliegend verfügte die Behörde im Rahmen ihrer Tätigkeit über Mittel aus dem öffentlichen Vermögen. Es gehört grundsätzlich zu den Aufgaben der Behörde,

¹¹ BGE 120 IV 117, 119.

¹² Vgl. den Qualifikationsgrund in Art. 138 Ziff. StGB, dazu unten Rz. 23 f.

¹³ BSK-StGB II, NIGGLI/RIEDO, N 89 zu Art. 138; VEST, in: Ackermann/Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2013, N 272 ff.

¹⁴ Bundesstrafgericht, Urteil der Strafkammer vom 10. November 2015, SK.2015.35, E. 2.3.2, mit Verweis auf BSK-StGB II, HEIMGARTNER, N 8 zu Art. 312, mit Verweis auf BGE 124 IV 9.

A M T

öffentliche Mittel für bestimmte Zwecke zu sprechen, d.h. es kann davon ausgegangen werden, dass der Behörde Verfügungsmacht über staatliche Mittel eingeräumt wurde – mit dem Auftrag, über diese im durch den gesetzlichen Rahmen definierten Sinne zu verfügen. Nach dieser Ansicht gelten die öffentlichen Mittel, über welche die Behörde mit dem Beschluss verfügt, als anvertraute Vermögenswerte im Sinne des Gesetzes.

15 Gemäss einer in der Literatur vertretenen Meinung können Vermögenswerte den eigenen Organen eines Treugebers nicht anvertraut sein, denn die Organe sind gegenüber dem Treugeber nicht Dritte, sondern bilden einen Teil desselben.¹⁵ Dieser Argumentation folgend könnte man vorliegend argumentieren, dass Vermögenswerte des Staates nicht als dessen Behörden anvertraut erscheinen, da diese Teile der staatlichen Organisation bilden.

16 Auch bei einer konsequenten Anwendung des von der herrschenden Lehre anerkannten Erfordernisses der alleinigen Verfügungsmacht des Treuhänders könnte verneint werden, dass die öffentlichen Mittel der Behörde anvertraut waren. Gemäss dieser Ansicht gibt der Treugeber seine eigene Verfügungsmacht und Kontrolle über die betroffenen Vermögenswerte auf.¹⁶ Bei öffentlichen Mitteln ist lediglich in Fällen, in denen einem Gremium ein bestimmtes Budget verbindlich zugeteilt wird, die Annahme alleiniger Verfügungsmacht naheliegend. Damit würde aber die Anwendbarkeit des Art. 138 StGB auf Behördenmitglieder auf eine Weise eingeschränkt, auf die in der Rechtsprechung keine Hinweise ersichtlich sind. Die Gerichte scheinen vielmehr davon auszugehen, dass auch eigene Mittel bzw. Guthaben des Staates als dessen Behördenmitgliedern anvertraut gelten.¹⁷ Das Bundesgericht bejaht das Anvertrautsein einer Forderung bei „unkontrollierbarer Verfügungsmacht“, also bei der Möglichkeit, „ohne Mitwirkung des Treugebers zu verfügen“.¹⁸

17 Es ist *in casu* sehr wahrscheinlich, dass die Strafverfolgungsbehörden die Geldsumme, die mit dem Beschluss zugesprochen wurde, als „anvertrauten Vermögenswert“ im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB beurteilen würden.

¹⁵ BSK-StGB II, NIGGLI, N 184 zu Art. 158.

¹⁶ BSK-StGB II, NIGGLI, N 43 zu Art. 138.

¹⁷ BGE 81 IV 228.

¹⁸ BGE 117 IV 429, 434.

A M T

1.2. Unrechtmässige Verwendung

18 Ob die Zahlung an BJ aus öffentlich-rechtlicher Sicht rechtmässig war, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Das Memorandum kommt zum Schluss, dass BJ keinen Rechtsanspruch auf Erstattung ihrer Anwaltskosten hatte. In der Annahme, dass sich dieses Ergebnis im Rahmen einer vertieften Abklärung bestätigen lassen würde, geht die vorliegende Untersuchung davon aus, dass die Kostengutsprache zugunsten von BJ mangels Grundlage im anwendbaren öffentlichen Recht „unrechtmässig“ im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB war.

2. Subjektiver Tatbestand

19 Veruntreuung ist ein Vorsatzdelikt.¹⁹ Vorsatz liegt vor, wenn eine Tat „mit Wissen und Willen“ ausgeführt wird (Art. 12 Abs. 2 StGB). Gemäss der vorherrschenden Ansicht in der Literatur gehört bei der Veruntreuung die Vorstellung, über den Vermögenswert unrechtmässig zu verfügen, zum Vorsatz.²⁰ Nach ständiger Rechtsprechung ist überdies Bereicherungsabsicht erforderlich.²¹

20 *In casu* lag der Behörde eine rechtliche Einschätzung vor (Memorandum), welche einen Anspruch von BJ auf Kostenersatz verneinte. Das Memorandum wird im Beschluss erwähnt (S. 2, 2. Absatz). Es ist also davon auszugehen, dass dessen Inhalt den Behördenmitgliedern bekannt war. Sollten die Behördenmitglieder trotzdem davon ausgegangen sein, dass die Kostengutsprache an BJ rechtmässig war (beispielsweise gestützt auf den im Beschluss erwähnten Art. 50 der Gemeindeordnung), bleibt zu untersuchen, wie sich diese – rechtlich gemäss Memorandum nicht haltbare – Ansicht auf die Strafbarkeit wegen Veruntreuung auswirkt.

21 Fehlvorstellungen über die Voraussetzungen der Strafbarkeit können einen vorsatzausschliessenden Sachverhaltsirrtum darstellen (Art. 13 StGB). Ein solcher Irrtum liegt vor, wenn der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen der Tatbestandserfüllung falsch einschätzt. Da es sich bei der Veruntreuung um ein Vor-

¹⁹ Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 138 StGB.

²⁰ BSK-StGB II, NIGGLI/RIEDO, N 112 zu Art. 138.

²¹ BGE 118 IV 32, 34; 105 IV 29, 34; VEST, a.a.O., N 294; BSK-StGB II, NIGGLI/RIEDO, N 113 zu Art. 138.

A M T

satzdelikt handelt, bliebe die fahrlässige Tatbegehung straflos. Irrt der Täter hingegen über die Strafbarkeit seines Verhaltens, liegt ein Rechtsirrtum vor, der die Schuld ausschliessen bzw. vermindern kann (Art. 21 StGB).

22 Vorliegend dürfte die Berufung auf einen Irrtum grundsätzlich schwierig sein, da eine Einschätzung einer Fachperson vorlag. Dass ein Rechtsirrtum bejaht werden könnte, erscheint unwahrscheinlich. Es ist allerdings möglich, dass der Beweis des Vorsatzes der Behördenmitglieder Schwierigkeiten bereiten könnte. Wegen der fehlenden Strafdrohung für fahrlässige Tatbegehung müsste in diesem Fall ein Freispruch ergehen bzw. eine Einstellung verfügt werden.

3. Qualifikationsmerkmal

23 Auf die durch ein Behördenmitglied begangene Veruntreuung kommt gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB eine erhöhte Strafdrohung zur Anwendung. Diese Qualifikation ist im erhöhten Vertrauen begründet, das Behördenmitglieder gegenüber der Allgemeinheit geniessen.²² Die höhere Strafdrohung gilt nur für Taten, die ein Behördenmitglied im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit begangen hat.²³ Eine Behörde im Sinne des StGB ist ein auf gesetzlicher Grundlage beruhendes und über eine relative Selbstständigkeit verfügendes Organ einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft.²⁴

24 Vorliegend handelt es sich um Behördenmitglieder im Sinne von Art. 138 Ziff. 2 StGB. Die zu untersuchende Handlung erfolgte im Zusammenhang mit deren Behördentätigkeit. Es ist also davon auszugehen, dass das Qualifikationsmerkmal gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB zur Anwendung kommen würde.

4. Fazit

25 Es bestehen im vorliegenden Sachverhalt Hinweise darauf, dass das Verhalten der Mitglieder der Behörde in rechtlicher Hinsicht den Tatbestand der qualifizierten Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 StGB erfüllt. Bezüglich des Vorsatzes ist mit Beweisschwierigkeiten zu rechnen.

²² BGE 103 IV 18, 20; 117 IV 20, 22; 120 IV 182, 184.

²³ BGE 110 IV 15, 19.

²⁴ BGE 114 IV 34, 35.

A M T

D. Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)

1. Objektiver Tatbestand

26 Art. 158 StGB enthält zwei verschiedene Deliktsvarianten. Art. 158 Ziff. 1 StGB wird als Treuebruchstatbestand bezeichnet, Art. 158 Ziff. 2 StGB als Missbrauchstatbestand.

1.1. Treuebruchstatbestand

27 Der Treuebruchstatbestand setzt insbesondere voraus, dass der Täter Geschäftsführereigenschaft hat und dass er eine diesbezügliche Treuepflicht verletzt. Diese beiden Tatbestandselemente werden im Gesetz nicht definiert. Lehre und Rechtsprechung haben zahlreiche Abgrenzungskriterien entwickelt. Geschäftsführer ist, wer „in tatsächlich oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines andern für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat“²⁵.

28 Vorliegend dürfte es sich bei den Geldern der öffentlichen Hand, über welche die Behörde im Beschluss verfügte, um fremdes Geld im Sinne des Gesetzes handeln. In der Rechtsprechung scheint dieses Tatbestandselement bei Beamten und Behördenmitgliedern nicht grundsätzlich hinterfragt zu werden. Es darf deshalb davon ausgegangen werden, dass für Behördenmitglieder öffentliche Mittel grundsätzlich „fremd“ sind. Diese Mittel werden *in casu* in fremdem Interesse verwaltet. Beim Entscheid über die Verwendung von Mitteln aus dem Vermögen des Gemeinwesens haben die Behördenmitglieder primär öffentliche Interessen zu berücksichtigen – und gerade nicht eigene oder fremde Partikularinteressen. Im Lichte der Rechtsprechung ist auch die erforderliche Selbständigkeit zu bejahen. Die Behörde als Ganze kann – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben – Beschlüsse über die Verwendung von öffentlichen Mitteln treffen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Anwendbarkeit des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung ausreichend, dass einem Behördenmitglied „kraft seiner hohen amtlichen Stellung die ausschliessliche Befugnis zusteht, über Gelder einer bestimmten öffentlichen Kasse zu verfügen“²⁶.

²⁵ BGE 95 IV 66; BGer, 2. März 2000, 6S.604/199, E. 2c; siehe dazu auch VEST, a.a.O., N 309 ff.

²⁶ BGE 88 IV 133, 141 (noch zu aArt. 159 StGB).

A M T

Das Bundesgericht bejaht diese Selbstständigkeit bei Kollektivorganen für alle Mitglieder.²⁷ Nicht nur für einen Gemeindepräsidenten, der allein Entscheidungen treffen kann,²⁸ sondern auch für eine Gemeindebehörde als Gremium dürfte somit die Geschäftsführereigenschaft zu bejahen sein.

29 Eine Treuepflicht gegenüber fremdem Vermögen kann sich aus Gesetz, aus Rechtsgeschäft oder aus behördlichem Auftrag ergeben. Anhand der im Einzelfall anzuwendenden Grundlage ist der Inhalt der Treuepflicht zu bestimmen.

30 Vorliegend sind die Pflichten der Behördenmitglieder beim Umgang mit dem Gemeindevermögen anhand des öffentlichen Rechts zu ermitteln. Die vorliegende Einschätzung stützt sich instruktionsgemäss auf das Memorandum ab. Dort wurde festgestellt, dass für das Zusprechen einer Entschädigung zugunsten von BJ keine ausreichende Grundlage im öffentlichen Recht bestand. Im Einklang mit der Rechtsprechung, die beispielsweise im Nichtverhindern der Auszahlung von zu Unrecht geforderten Subventionen eine Treuepflichtverletzung sieht,²⁹ ist dieses Vorgehen als tatbestandsmässig im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB zu beurteilen.

1.2. Missbrauchstatbestand (Art. 158 Ziff. 2 StGB)

31 Für die Erfüllung der zweiten Tatbestandsvariante ist Geschäftsführereigenschaft nicht zwingend erforderlich. Die Bereicherungsabsicht, die beim Treuebruchstatbestand lediglich Qualifikationsmerkmal ist, ist dafür beim Missbrauchstatbestand notwendiges Tatbestandselement. Es geht bei dieser Variante grundsätzlich um den Missbrauch von Vertretungsmacht. Der Missbrauchstatbestand wird vorliegend nicht weiter untersucht, da die Geschäftsführerstellung bei der Behörde zu bejahen ist. Wenn beide Tatbestandsvarianten erfüllt sind, wofür vorliegend Anzeichen bestehen, geht Art. 158 Ziff. 1 StGB ohnehin vor.³⁰

²⁷ BGE 105 IV 106, 110. Siehe BSK-StGB II, NIGGLI, N 27 zu Art. 158, für kritische Stimmen zu dieser Praxis.

²⁸ BGer, 11. Oktober 2005, 6S.404/2004, E. 13.4.

²⁹ BGE 88 IV 12.

³⁰ BSK-StGB II, NIGGLI, N 143 zu Art. 158.

A M T

1.3. Vermögensschaden

32 Zum objektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gehört bei beiden Tatbestandsvarianten der Eintritt eines Vermögensschadens.³¹ Der Schaden wird als Vermögensminderung definiert, die durch Verminderung von Aktiven oder durch Vermehrung von Passiven verursacht wird.³²

33 Vorliegend führten der Beschluss und die gestützt darauf erfolgte Auszahlung von CHF 10'000 an BJ zu einer Verminderung der Gemeindefinanzen.

2. Subjektiver Tatbestand

34 Ungetreue Geschäftsbesorgung ist ein Vorsatzdelikt (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 158 StGB). Der Vorsatz muss sich auf die Pflichtwidrigkeit der Handlung, den Vermögensschaden und den zwischen Handlung und Vermögensschaden bestehenden Kausalzusammenhang beziehen.³³ Die Rechtsprechung ist zurückhaltend bei der Annahme von Eventualvorsatz.³⁴ Dieser kann nur bejaht werden, wenn der Täter ernsthaft mit dem Erfolgseintritt rechnet und mit dem Erfolg einverstanden ist.³⁵

35 Vorliegend ist mit Beweisproblemen hinsichtlich des Vorsatzes zu rechnen. Die Behördenmitglieder könnten sich darauf berufen, dass sie die im Beschluss angegebene Rechtsgrundlage als ausreichend beurteilt haben. Angesichts der den Behördenmitgliedern vorliegenden fachlichen Einschätzung erscheint dieses Vorgehen zumindest als (grob)fahrlässig.³⁶ Ob die Schwelle zum (Eventual-)Vorsatz überschritten ist, würde sich im Verlaufe des Strafverfahrens zeigen.

3. Qualifikationsmerkmal: Bereicherungsabsicht

36 Der Treuebruchtatbestand setzt keine Bereicherungsabsicht voraus. Lediglich beim Missbrauchtatbestand ist diese Absicht Tatbestandsvoraussetzung. Liegt ein Treuebruch mit der Absicht, jemanden unrechtmässig zu bereichern, vor,

³¹ BGE 122 IV 279, 281; 121 IV 104, 107.

³² Statt vieler: BSK-StGB II, NIGGLI, N 128 zu Art. 158.

³³ BGE 105 IV 189, 191; 105 IV 307, 314.

³⁴ BGE 123 IV 17, 23; BGer, 16. Juni 2011, 6B_1056/2011.

³⁵ BSK-StGB II, NIGGLI, N 137 zu Art. 158, mit Hinweisen.

³⁶ Vgl. auch oben Rz. 20 ff. zum Vorsatz bezüglich Veruntreuung.

A M T

kommt die höhere Strafdrohung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB zur Anwendung.

37 Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Behördenmitglieder die Bereicherung von BJ bewusst und gewollt bewirkt haben. Ob sich ihr Vorsatz auf die Unrechtmässigkeit der Bereicherung erstreckte, wäre im Rahmen einer Strafuntersuchung abzuklären.

4. **Fazit**

38 Es bestehen Hinweise darauf, dass der Treuebruchstatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB, in der qualifizierten Variante gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (Bereicherungsabsicht) erfüllt sein könnte. Im Rahmen einer Strafuntersuchung ist mit Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Vorsatzes zu rechnen.

Beilagen:

- Beschluss Nr. 139 der Sozialbehörde Opfikon vom 8. Dezember 2015
- Memorandum von RA Rudin vom 22. November 2015