

## Kurzgutachten

zur Genehmigungspflicht der Wahl des Verwaltungsrates der Spitalverbunde des Kantons St.Gallen

vom 19. Mai 2015

erstattet im Auftrag der

**Staatskanzlei des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, Klosterhof 3, 9001 St.Gallen, vertreten durch lic. phil. Canisius Braun, Staatssekretär**

durch

**Prof. Dr. Benjamin Schindler, MJur, Rechtsanwalt,**

Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

## Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage: Geplante Revision des Gesetzes über die Spitalverbunde.....	2
II. Fragestellung .....	3
III. Beurteilung der gestellten Fragen .....	3
A. Verfahrensrechtlicher Ablauf .....	4
1. Öffentliche Ausschreibung als Regel.....	4
2. Auswahlverfahren.....	4
3. Wahl durch die Regierung .....	5
4. Genehmigung durch das Parlament.....	6
5. Zeitpunkt und Form der Eröffnung der genehmigten Wahl .....	7
B. Verfahrensrechtliche Vorgaben .....	8
1. Unbefangenheitsgebot .....	8
2. Anspruch auf rechtliches Gehör und Vorgaben des Datenschutzrechts.....	8
3. Weitere Vorgaben des Verfassungsrechts .....	10
4. Unterschiedliche Anforderungen an das Wahl- und das Genehmigungsverfahren.....	10
5. Geheimhaltung bzw. Öffentlichkeit des Verfahrens.....	10
C. Verfahrensrechte von Bewerberinnen und Bewerbern.....	11
D. Rechtsmittel der Bewerberinnen und Bewerber .....	11
E. Vergleich mit der Rechtslage im Kanton Zürich.....	13
F. Zusammenfassung .....	14

### I. Ausgangslage: Geplante Revision des Gesetzes über die Spitalverbunde

[1] Der Kantonsrat des Kantons St.Gallen hat als Ergebnis der 1. Lesung vom 25. Februar 2015 einen II. Nachtrag zum Gesetz über die Spitalverbunde vom 22. September 2002 (sGS 320.2; GSV) mit folgendem Wortlaut beschlossen:

Das Gesetz über die Spitalverbunde wird wie folgt geändert (nachfolgend E-GSV):

«Verwaltungsrat a) **Wahl und Zusammensetzung**

Art. 5

<sup>1</sup> Die Regierung wählt einen Verwaltungsrat, der für die vier Spitalverbunde zuständig ist, **und bestimmt den Vorsitz**. Sie ~~wählt nach fachlichen Kriterien und~~ legt die Entschädigungen fest. Sie ~~kann Verwaltungsratsmitglieder aus wichtigen Gründen jederzeit abberufen~~. **Die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates nach Abs. 2 Bst. b dieser Bestimmung sowie die Festlegung des Vorsitzes unterliegen der Genehmigung durch den Kantonsrat.**

<sup>2</sup> Dem Verwaltungsrat gehören an:

**a) eine Vertreterin oder ein Vertreter des zuständigen Departementes, ausgenommen die Vorsteherin oder der Vorsteher;**

**b) höchstens acht weitere, nach fachlichen Kriterien gewählte Mitglieder. Mitglieder anderer Organe der Spitalverbunde sind nicht wählbar.**

**<sup>3</sup> Die Amtsdauer beträgt höchstens vier Jahre. Sie endet spätestens mit der Vollen-  
dung des 70. Altersjahres. Im Übrigen konstituiert sich der Verwaltungsrat selbst.**

**<sup>4</sup> Die Regierung kann Mitglieder des Verwaltungsrates bei Vorliegen eines ausreichenden sachlichen Grundes während der Amtsdauer abwählen. Art. 21 Abs. 2 Bst. b bis e des Personalgesetzes vom 25. Januar 2011 werden sachgemäss angewendet.»**

## II. Fragestellung

[2] Die Staatskanzlei des Kantons St.Gallen hat dem Gutachter mit Vereinbarung vom 18. März 2015 folgende Fragen zu Beurteilung im Rahmen eines Kurzgutachtens unterbreitet:

- A. *Wie ist der verfahrensrechtliche Ablauf bis zur rechtsgültigen Wahl einer Bewerberin oder eines Bewerbers?*
- B. *Welche verfahrensrechtlichen Vorgaben sind im Auswahlverfahren von der Regierung und im Genehmigungsverfahren durch den Kantonsrat zu berücksichtigen?*
- C. *Welche Verfahrensrechte haben Bewerberinnen und Bewerber im Rahmen des Genehmigungsverfahrens (insb. Anspruch auf rechtliches Gehör, Geheimhaltung der Bewerbung im Verhältnis zur beschränkten Dauer des Kommissionsgeheimnisses, Kenntnis über Auskünfte Dritter zur Bewerbung, Anspruch auf Begründung bei einer Ablehnung der Genehmigung)?*
- D. *Welche Rechtsmittel stehen einer Bewerberin oder einem Bewerber, die oder der von der Regierung gewählt worden ist, im Falle der Nicht-Genehmigung der Wahl durch den Kantonsrat zur Verfügung?*
- E. *Vergleich der Rechtslage im Kanton St.Gallen nach Einführung der Genehmigungspflicht mit der Rechtslage im Kanton Zürich betreffend Wahl des Spitalrates des Universitätsspitals. Wie wird das Genehmigungsverfahren im Kanton Zürich praktisch vollzogen und erfolgt die Wahl des Spitalrates nach politischen oder nach fachlichen Kriterien?*

## III. Beurteilung der gestellten Fragen<sup>1</sup>

[3] Die gestellten Fragen werden mit Blick auf das einschlägige Recht des Bundes und des Kantons St.Gallen beurteilt. Berücksichtigt werden sodann die von der Regierung festgelegten Grundsätze über Steuerung und Beaufsichtigung von Organisationen mit kantonaler Beteiligung (Public Corporate Governance)<sup>2</sup> sowie die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons St.Gallen.

---

<sup>1</sup> Herrn Stefan Jud, Master in Law and Economics (HSG) danke ich herzlich für Recherchen im Vorfeld und eine erste Beurteilung der Fragestellungen.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 94c Staatsverwaltungsgesetz vom 16. Juni 1994 (sGS 140.1; StVG); Botschaft Beteiligungsstrategie und Public Corporate Governance, in: ABI 2011, S. 3183 ff.

## A. Verfahrensrechtlicher Ablauf

[4] *Frage: Wie ist der verfahrensrechtliche Ablauf bis zur rechtsgültigen Wahl einer Bewerberin oder eines Bewerbers?*

### 1. Öffentliche Ausschreibung als Regel

[5] Gemäss G 9 der PCG-Grundsätze des Kantons St.Gallen schreibt das zuständige Departement «in der Regel» Sitze der strategischen Leitung von Organisationen mit kantonaler Beteiligung, die durch Personen mit spezifischen Fachkenntnissen zu besetzen sind (Fachvertretung), öffentlich aus. Personen, die zur Ausübung der Funktion geeignet erscheinen, können dabei zur Bewerbung eingeladen werden (Abs. 1). Bei Gesamterneuerungswahlen erfolgt in der Regel eine Ausschreibung für Sitze, die frei werden oder aufgrund einer Änderung des Anforderungsprofils neu zu besetzen sind (Abs. 2). Für die Kantonsvertretungen schlägt das zuständige Departement geeignete Kandidatinnen und Kandidaten vor (Abs. 3).

[6] Die Formulierung der PCG-Grundsätze verlangt somit im Regelfall eine öffentliche Ausschreibung, belässt der Regierung und dem zuständigen Departement aber «einen weitgehenden Spielraum bei der Entscheidung darüber, welche Sitze für eine neue Amtsdauer ausgeschrieben werden sollen und ob – neben dem Ausschreibungsverfahren – auch das Einladungsverfahren angewendet werden soll»<sup>3</sup>.

[7] Die Mitglieder des Verwaltungsrats der Spitalverbände des Kantons St.Gallen sollen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b E-GSV – mit Ausnahme der Kantonsvertretung nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a E-GSV, nach fachlichen Kriterien gewählt werden und sind somit Fachvertretungen. Ihre Sitze sind deshalb gemäss PCG-Grundsatz 9 *in der Regel öffentlich auszuschreiben*. Es ist zudem möglich, geeignete Kandidatinnen und Kandidaten zur Bewerbung einzuladen. Damit die Ausschreibung zu zielgerichteten Bewerbungen geeigneter Personen führt, sollte das *Anforderungsprofil* möglichst klar umschrieben werden. Dies ergibt sich aus dem für Ausschreibungen generell zu beachtenden Transparenzgebot.<sup>4</sup> Sodann entspricht es den Gepflogenheiten, sämtlichen Bewerberinnen und Bewerbern den *Eingang* ihrer Unterlagen und deren Prüfung *schriftlich zu bestätigen*. Eine Eingangsbestätigung ist indes unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht zwingend erforderlich.<sup>5</sup>

### 2. Auswahlverfahren

[8] Wahlen in die strategischen Leitungsorgane öffentlicher Unternehmen werden durch die Regierung nach Vorbereitung durch das zuständige Departement vorgenommen, wobei das zuständige Departement gemäss den PCG-Grundsätzen Wahlvorschläge vorzubereiten hat.<sup>6</sup> Das Auswahlverfahren beinhaltet deshalb einerseits die *Prüfung der Bewerbungen* und andererseits die Ausarbeitung

---

<sup>3</sup> VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.1.

<sup>4</sup> Zum Transparenzgebot im (hier freilich nicht direkt massgebenden) öffentlichen Beschaffungswesen PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens*, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 846 ff. Das Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen scheint einen Anspruch auf Bewerbung in Kenntnis des Anforderungsprofils auch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abzuleiten (VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.2). Es erscheint indes fraglich, ob sich erstmalige Bewerberinnen und Bewerber auf eine ausgeschriebene Stelle auf das rechtliche Gehör berufen können. Hierzu hinten, Rz. 19.

<sup>5</sup> VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.2.

<sup>6</sup> G 8a PCG-Grundsätze.

von *Wahlvorschlägen*. Hinsichtlich der Art und Weise, wie das Auswahlverfahren im Detail ablaufen soll, bestehen keine Vorschriften. Grundsätzlich gilt, dass der Wahl- und Anstellungsbehörde (in diesem Fall der Regierung) bei der Stellenbesetzung ein *erheblicher Ermessensspielraum* zukommt.<sup>7</sup>

### 3. Wahl durch die Regierung

[9] Die Wahl bzw. Nichtwahl oder Nichtwiederwahl erfolgt durch die Regierung.<sup>8</sup> Dieser Entscheid ist in erster Linie ein (*interner*) *Willensbildungsakt der Regierung*. Das Verfahren der regierungsinternen Beschlussfassung wird in der Geschäftsordnung der Regierung geregelt.<sup>9</sup> Mit Blick auf die Bedeutung des Beschlusses für die vom Wahlakt betroffenen Einzelpersonen stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der Beschluss (*im Aussenverhältnis*) eine *Verfügung* darstellt und entsprechend den Formen der Verwaltungsrechtspflege zu eröffnen ist.<sup>10</sup> Da die Wahl regelmässig ein Rechtsverhältnis zur gewählten Person begründet, wird sie als Verfügung qualifiziert.<sup>11</sup> Auch die *Nichtwiederwahl* wird von den Gerichten im Bund und Kanton St.Gallen als Verfügung qualifiziert, da sie das Nichtmehrbestehen einer Rechtsbeziehung neu feststellt oder deren Verlängerung verweigert.<sup>12</sup> Selbst wenn kein Rechtsanspruch auf Wiederwahl besteht «entspricht es keineswegs schweizerischer Praxis, dass ein Beamter ohne vorgängigen Beschluss der Wahlbehörde einfach durch Zeitablauf von seinem Amte entbunden wird»<sup>13</sup>. Das bestehende Näheverhältnis zwischen Staat und bisherigem Amtsträger spricht daher dafür, die Nichtwiederwahl als Verfügung zu qualifizieren. Fraglich ist demgegenüber, ob die Nichtberücksichtigung einer *erstmaligen* Bewerbung im Wahlverfahren – eine formelle «Nichtwahl» dürfte kaum je erfolgen – als Verfügung zu qualifizieren ist. Das Bundesgericht hat diese Frage in Bezug auf den Kanton St.Gallen ausdrücklich offen gelassen.<sup>14</sup> Gegen eine Verfügung spricht in diesem Fall, dass kein Rechtsverhältnis begründet wird und auch vorher keinerlei Rechts- oder Näheverhältnis bestand. Gerade wenn sich zahlreiche Personen auf eine Ausschreibung bewerben, wäre es auch unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten wenig sinnvoll, jede Nichtberücksichtigung im Bewerbungsprozess als Verfügung zu qualifizieren und den entsprechenden Verfahrens- und Formvorschriften integral zu unterwerfen.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> BGE 118 Ib 289 E. 2b; VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.3.1. Vgl. auch BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsermessen*, Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 520.

<sup>8</sup> Art. 5 Abs. 1 E-GSV; G 8a PCG-Grundsätze.

<sup>9</sup> Art. 21 Geschäftsordnung der Regierung vom 5. Mai 1997 (sGS 141.2; GeschO).

<sup>10</sup> Zu den Formerfordernissen beim Eröffnen einer Verfügung vgl. Art. 24 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1; VRP).

<sup>11</sup> RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 106.

<sup>12</sup> BGE 104 Ia 26 (Nichtwiederwahl eines Kantonsschullehrers); VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 2 (Nichtwiederwahl in die Verwaltungskommission der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St.Gallen).

<sup>13</sup> BGE 104 Ia 26 S. 30.

<sup>14</sup> BGer Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014, E. 5.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 34 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 in der Fassung vom 1. Juli 2013 (SR 172.220.1; BPG): «Abgewiesene Stellenbewerberinnen und Stellenbewerber haben keinen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung.» Vgl. auch BGer Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014, E. 5.

#### 4. Genehmigung durch das Parlament

[10] Gemäss dem vorliegenden Entwurf soll die vom Regierungsrat vorgenommene Wahl durch den Kantonsrat genehmigt werden.<sup>16</sup> Die Vorberatung und Vorbereitung der Genehmigung erfolgt durch eine Kommission des Kantonsrats.<sup>17</sup> Die Zuständigkeit einer Kommission wird durch das Präsidium bestimmt.<sup>18</sup> Anschliessend entscheidet der Kantonsrat in der Form eines Kantonsratsbeschlusses. Es handelt sich um ein Sachgeschäft gemäss Art. 65 Bst. m KV, gestützt auf Art. 5 Abs. 1 E-GSV. Hierbei ist nur eine Meinungskundgabe mittels «Ja» (Genehmigung) oder «Nein» (Ablehnung) möglich bzw. eine Enthaltung (vgl. hinten, Rz. 11).<sup>19</sup> Der Kantonsrat entscheidet mit der Mehrheit der Stimmenden (Art. 66 KV). Es handelt sich ferner um einen einfachen Kantonsratsbeschluss gemäss Art. 2 Bst. g GeschKR, gestützt auf Art. 5 Abs. 1 E-GSV.

[11] Nicht klar geregelt ist im vorliegenden Gesetzesentwurf, ob die Genehmigung der Wahl für den Verwaltungsrat *in globo* erfolgen soll oder für die einzelnen Mitglieder und den Vorsitz je einzeln. Im Kanton Zürich erfolgt die grundsätzlich vergleichbare Wahlgenehmigung der Mitglieder des Spitalrates durch den Kantonsrat jeweils *in globo* (vgl. hinten, Rz. 13). Der St.Gallische Gesetzesentwurf könnte – im Gegensatz zum Zürcher Gesetzeswortlaut<sup>20</sup> – auch dahingehend ausgelegt werden, dass die «Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates» einzeln zu genehmigen ist. Aufgrund des systematischen Zusammenhangs ist indes nicht wahrscheinlich, dass mit dieser Wortwahl eine konkrete Aussage zum Wahlverfahren gemacht werden sollte. Das Wort «Mitglieder» bringt vielmehr zum Ausdruck, dass nicht die Wahl sämtlicher Mitglieder, sondern eben nur die Wahl der Mitglieder gemäss Abs. 2 Bst. b der Genehmigungspflicht unterstehen. In jedem Fall ist aber *zu empfehlen, diese wichtige Verfahrensfrage im Vorfeld eindeutig zu klären*. Eine Einzelgenehmigung würde die Rolle des Parlaments stärken; zugleich würde sich die Genehmigung aber einer eigentlichen Wahl annähern, wodurch dem Parlament zusätzliche verfahrensrechtliche Pflichten erwachsen könnten (insb. mit Blick auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs, vgl. hinten, Rz. 17 und 20). Die Globalgenehmigung betont demgegenüber, dass dem Regierungsrat die Hauptverantwortung für die Zusammensetzung zukommt und er für ein (in fachlicher wie menschlicher Hinsicht) insgesamt ausgewogenes Gremium zu sorgen hat. Dies ist mit Blick auf die Funktionsfähigkeit des Gremiums wichtig. Eine Globalgenehmigung hat zur Konsequenz, dass das Parlament die Genehmigung nur gesamthaft für die vorgeschlagenen Personen erteilen oder verweigern kann. Eine Teilgenehmigung des regierungsrätlichen Wahlbeschlusses oder eine Genehmigung mit Vorbehalten ist abzulehnen. Bei einer Teilgenehmigung oder einer Genehmigung mit Vorbehalt kann nicht mehr sichergestellt werden, dass das an das Gremium als Ganzes gestellte Anforderungsprofil eingehalten wird und die Funktionsfähigkeit des Gremiums gewährleistet bleibt. Daher besteht zwischen den einzelnen von der Regierung zur Genehmigung vorgeschlagenen Personen ein sachlicher Zusammenhang, der einer Teilgenehmigung oder Genehmigung mit Vorbehalt entgegensteht. Wenn der Kantonsrat die Einsitznahme einer bestimmten Person in das Gremium ablehnt, obliegt es der Regierung, dem

---

<sup>16</sup> Art. 5 Abs. 1 E-GSV.

<sup>17</sup> Art. 1 Abs. 2 des Geschäftsreglements des Kantonsrates vom 24. Oktober 1979 (sGS 131.11; GeschKR).

<sup>18</sup> Art. 19<sup>ter</sup> GeschKR.

<sup>19</sup> Vgl. mit Blick auf die «Bestätigung» von Wahlen durch die Bundesversammlung Art. 140 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10; ParlG). Hierzu RUTH LÜTHI, in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar, Basel 2014, Art. 140 Rz. 10.

<sup>20</sup> § 8 Ziff. 4 des Gesetzes über das Universitätsspital Zürich vom 19. September 2005 (LS 813.15; USZG) spricht von der Genehmigung der «Wahl des Spitalrates».

Kantonsrat – unter Berücksichtigung der Anliegen des Kantonsrates – wiederum ein ausgewogenes und funktionsfähiges Gremium zur Wahl vorzuschlagen. Der Kantonsrat kann der Regierung bei der Nichtgenehmigung jedoch einen allgemeinen Auftrag nach Art. 95 GeschKR in Bezug auf die Zusammensetzung des Gremiums erteilen. Das Parlament bzw. die Parlamentarierinnen und Parlamentarier können aber offiziell keine neuen Namen ins Spiel bringen und auch nicht andere als die von der Regierung gewählten Personen ernennen. Nicht vermeiden lässt sich indes, dass im Rahmen der Parlamentsdebatte oder auf informellem Weg potentielle Kandidatinnen und Kandidaten genannt werden.

[12] Es ist davon auszugehen, dass die Genehmigung bzw. Zustimmung ein *Gültigkeitserfordernis* für die Wahl ist. Erst mit der Genehmigung wird die Wahl gültig und damit die Grundlage zur vertraglichen Regelung des Arbeits- oder Mandatsverhältnisses zur gewählten Person gelegt.<sup>21</sup> Wird die Genehmigung hingegen nicht erteilt, muss die Regierung eine neue Wahl vornehmen.<sup>22</sup>

##### 5. Zeitpunkt und Form der Eröffnung der genehmigten Wahl

[13] Gegenüber gewählten Personen wird mit der gültigen (d.h. genehmigten) Wahl der Weg geöffnet, um ein Anstellungs- bzw. Mandatsverhältnis zu begründen. Dies geschieht durch schriftlichen verwaltungsrechtlichen (Anstellungs- oder Mandats-)Vertrag,<sup>23</sup> weshalb eine Eröffnung mittels Verfügung nicht notwendig ist. Demgegenüber kann bei einer Nichtwiederwahl oder einer nicht genehmigten Wahl das Bedürfnis der Betroffenen nach einer anfechtbaren Verfügung bestehen. Scheitert eine Wiederwahl bereits daran, dass die Person von der Regierung nicht wieder gewählt wird, so ist die Verfügung über die Nichtwiederwahl direkt im Anschluss hieran schriftlich zu eröffnen.<sup>24</sup> Scheitert die Fortführung des Verwaltungsratsmandats hingegen an der ausbleibenden Genehmigung durch den Kantonsrat, muss die Regierung eine neue Wahl vornehmen. Werden bei dieser neuerlichen Wahl Personen nicht mehr wieder gewählt, ist ihnen dies schriftlich mittels Verfügung durch die Regierung zu eröffnen. Eine direkte Eröffnung der Nichtgenehmigung durch den Kantonsrat erscheint demgegenüber wenig sinnvoll: Einerseits verfügt ein Parlament über wenig Erfahrung darin, eine Verfügungsverfügung zu begründen und zu eröffnen. Andererseits ist ein Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Kantonsrats nach geltendem Recht nicht vorgesehen. Dieser fehlende Rechtsschutz im Kanton ist mit den bundesrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar (vgl. hinten, Rz. 31). Schliesslich liesse sich fragen, ob eine (*in globo*) erfolgte Nichtgenehmigung überhaupt rechtlich als (individuell-konkrete) Verfügung qualifiziert werden kann.

[14] Die Folge des hier vorgeschlagenen Vorgehens ist, dass die Regierung die Nichtwiederwahl einer Person begründen muss, obwohl sie die Person für geeignet hält und deren Wahl dem Kantonsrat vorgeschlagen hat. Dies mag ungünstig erscheinen. Allerdings kann es auch in anderen Verfahren vorkommen, dass eine Behörde eine Entscheidung «*contre coeur*» fällen und begründen muss, weshalb dies von der Regierung hinzunehmen ist.<sup>25</sup> Dass alleine die Regierung Verfügungen

---

<sup>21</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 1 Personalgesetz vom 25. Januar 2011 (sGS 143.1; PersG): «Bei vom Volk oder Kantonsrat gewählten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wird das Arbeitsverhältnis durch gültige Wahl und Abschluss des schriftlichen Arbeitsvertrags begründet.»

<sup>22</sup> Vgl. für die «Bestätigung» von Wahlen durch die Bundesversammlung Art. 140 Abs. 3 ParlG.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 1 PersG.

<sup>24</sup> Art. 25 VRP.

<sup>25</sup> Etwa, wenn eine Rechtsmittelinstanz eine Sache zur neuerlichen Entscheidung an die Vorinstanz zurückweist und die Vorinstanz an die Rechtsansicht gebunden ist, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegt (Art. 56 Abs. 2 VRP).

über die Nichtwiederwahl eröffnet, erscheint auch aus anderen Gründen sinnvoll: So ist denkbar, dass die Regierung trotz Nichtgenehmigung an der bisherigen Wahl festhält und diese nochmals dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet. Ein solches Vorgehen ist etwa dort angebracht, wo das Parlament die Genehmigung bloss verweigert, weil die Regierung zusätzliche Abklärungen zu einzelnen Kandidierenden vornehmen muss. Denkbar ist ein solches Vorgehen aber auch dann, wenn in der Parlamentsdebatte Kritik an einzelnen Kandidatinnen und Kandidaten geübt wird. Den Betroffenen könnte dann im Verfahren vor der Regierung (bzw. einem Wahlausschuss) die Möglichkeit eingeräumt werden, das rechtliche Gehör zu wahren und bspw. falsche Tatsachenbehauptungen zu widerlegen. Dieses Vorgehen drängt sich vor allem bei Personen auf, welche sich der Wiederwahl stellen und daher einen Anspruch auf rechtliches Gehör geltend machen können (vgl. hierzu hinten, Rz. 18).

## B. Verfahrensrechtliche Vorgaben

[15] *Frage: Welche verfahrensrechtlichen Vorgaben sind im Auswahlverfahren von der Regierung und im Genehmigungsverfahren durch den Kantonsrat zu berücksichtigen?*

### 1. Unbefangenheitsgebot

[16] Aus verfahrensrechtlicher Sicht und mit Blick auf die Glaubwürdigkeit staatlicher Entscheidungsfindung ist zentral, dass das Auswahlverfahren und die Willensbildung der Regierung *unbefangen* erfolgt. Das Gebot unbefangener Entscheidungsfindung durch Regierungs- und Verwaltungsbehörden wird aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) abgeleitet, besteht in gewissem Umfang aber auch ausserhalb eines förmlichen Verwaltungsverfahrens.<sup>26</sup> Personen, welche an der Auswahl möglicher Kandidatinnen und Kandidaten mitwirken, sollten daher keine persönlichen Interessen verfolgen. Insbesondere sollten Personen, deren eigene Kandidatur zur Diskussion steht, von Vorbereitungshandlungen ausgeschlossen werden. Dasselbe gilt für Personen, welche infolge Verwandtschaft oder Freundschaft in einem besonderen Näheverhältnis zu Kandidierenden stehen.<sup>27</sup> Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die beratende Mitwirkung durch die designierte Präsidentin bzw. den designierten Präsidenten des Verwaltungsrats. Mit Blick auf die Funktionsfähigkeit des Verwaltungsrats als Ganzes ist entscheidend, dass eine gute Zusammenarbeit im Gremium (insb. zwischen Präsidium und Mitgliedern) sichergestellt ist. Eine solche Einflussnahme erscheint daher sachlich gerechtfertigt.<sup>28</sup>

### 2. Anspruch auf rechtliches Gehör und Vorgaben des Datenschutzrechts

[17] Nach Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien *Anspruch auf rechtliches Gehör*. Rechtsprechung und Lehre haben aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch verschiedene Teilgehalte abgeleitet: den Anspruch auf vorgängige Äusserung und Mitwirkung am Verfahren, das Recht auf Akteneinsichtsrecht und das Recht auf Entscheidbegründung.<sup>29</sup> Der Anspruch auf rechtliches Gehör hat

---

<sup>26</sup> Vgl. BGE 119 Ia 424 E. 4b/cc, S. 431; BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 79 f.; DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich/St.Gallen 2013, Rz. 318-322. Vgl. auch REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St.Gallen 2012, Rz. 320.

<sup>27</sup> Vgl. auch die Ausstandsgründe von Art. 7 VRP.

<sup>28</sup> Vgl. VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.3.1.

<sup>29</sup> Mit weiteren Hinweisen KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 26), Rz. 226-240.



seinen sachlichen Anwendungsbereich in erster Linie in Verfahren auf Erlass einer Verfügung.<sup>30</sup> Dies bedeutet, dass das rechtliche Gehör derjenigen Personen zu beachten ist, deren Nichtwiederwahl mittels Verfügung eröffnet werden muss (vorne, Rz. 9). Die Gewährung des rechtlichen Gehörs bei einer Nichtwiederwahl erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil hier bereits ein Näheverhältnis zwischen Staat und kandidierender Person besteht und eine gewisse Erwartungshaltung betreffend Wiederwahl gerechtfertigt erscheint.<sup>31</sup> Sollen bisherige Verwaltungsräte nicht mehr wiedergewählt werden, sind sie frühzeitig über diese Absicht und die Gründe für die Nichtwiederwahl zu informieren. Ihnen ist ausserdem Gelegenheit einzuräumen, sich (schriftlich oder mündlich) zu diesen Gründen zu äussern, bevor das Auswahlverfahren abgeschlossen ist. Die Anhörung muss nicht durch das gesamte Wahlgremium (Regierungsrat) erfolgen, sondern kann auch durch einen Wahlausschuss vorgenommen werden. Die Delegation an eine Person, welche bei der Wahlvorbereitung nicht beteiligt ist, wäre hingegen unzulässig.<sup>32</sup>

[18] Wenn erst im Stadium der Wahlgenehmigung (z.B. in der parlamentarischen Debatte) Kritik an einzelnen Kandidatinnen und Kandidaten geübt wird und diese Kritik Anlass für das Ausbleiben der Genehmigung ist, sollte die Regierung vor der anschliessenden Verfügung über die Nichtwiederwahl, den Betroffenen nochmals die Gelegenheit einräumen, zur Kritik Stellung zu beziehen. Dies kann schriftlich oder mündlich, vor der Gesamregierung oder einem Wahlausschuss geschehen. Sollte sich die im Parlament geübte Kritik als haltlos erweisen, wäre es unter Umständen angezeigt, die Wahl nochmals dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten. Ein Recht hierauf besteht indes nicht, da grundsätzlich kein Anspruch auf Wiederwahl besteht.<sup>33</sup>

[19] Personen, zu denen kein besonderes Näheverhältnis besteht – insb. Personen, welche erstmals für ein Verwaltungsratsmandat kandidieren – können nach der hier vertretenen Ansicht keinen Anspruch auf rechtliches Gehör geltend machen.<sup>34</sup> Sie können daher auch keine über das Einreichen der Bewerbungsunterlagen hinausgehenden Rechte der Anhörung oder Stellungnahme für sich in geltend machen. Regelmässig besteht auch kein Anspruch auf Begründung, wenn die Bewerbung nicht berücksichtigt werden konnte. Soweit es die Anzahl der Bewerbungen zulässt und die Qualität und Ernsthaftigkeit der Bewerbung angezeigt erscheinen lässt, sollte aus Gründen des Anstandes auch bei erstmaligen Bewerbungen eine begründete Absage erfolgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Bewerberin oder ein Bewerber in die engere Auswahl gezogen und zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde oder wenn eine Person aufgefordert wurde, sich zu bewerben.

[20] Der aus dem rechtlichen Gehör abgeleitete Anspruch auf Akteneinsicht besteht regelmässig nur mit Blick auf die eigene Bewerbung, nicht aber bezüglich der Akten der Mitbewerberinnen und Mitbewerber.<sup>35</sup> Ein Anspruch auf Einsicht in die Akten der Mitbewerbenden besteht lediglich dann,

---

<sup>30</sup> THURNHERR (Fn. 26), Rz. 340-344.

<sup>31</sup> Vgl. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Auflösung verwaltungsrechtlicher Verträge THURNHERR (Fn. 26), Rz. 353-355.

<sup>32</sup> Vgl. zu den Anforderungen ans rechtliche Gehör von Personen, deren Nichtwiederwahl erwogen wird VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E.5.3.3.5.

<sup>33</sup> BGer Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014, E. 6.4.

<sup>34</sup> Anderer Meinung ANDREAS KEISER, Justiziabilität personalrechtlicher Entscheide, in: Peter Helbling/Thomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 505 ff., 518. KEISER hält indes fest, dass dem Anspruch auf rechtliches Gehör mit der Möglichkeit zur Einreichung der Bewerbung in der Regel ausreichend Rechnung getragen wird. Inhaltlich ergibt sich somit *kein Unterschied* zu der hier vertretenen Ansicht.

<sup>35</sup> VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.3.4.

wenn der konkrete Verdacht einer Diskriminierung besteht.<sup>36</sup> Der Anspruch auf Akteneinsicht umfasst insbesondere das Recht auf Einsicht in das eigene Bewerbungsdossier, einschliesslich graphologischer Gutachten, die Ergebnisse psychologischer Eignungstests sowie allfällige Referenzauskünfte.<sup>37</sup> Hieraus ergibt sich die Pflicht, Auskünfte von Drittpersonen zu protokollieren und aktenmässig zu erfassen.<sup>38</sup> Indes dürfte diese Pflicht dort an Grenzen stossen, wo gewisse Kenntnisse der Wahlbehörde notorisch sind oder durch «social networking» generiert werden.<sup>39</sup> Der Anspruch auf Akteneinsicht ergibt sich für Personen, deren (Nicht-)Wiederwahl zur Diskussion steht, direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV bzw. dem einschlägigen Verfahrensrecht.<sup>40</sup> Auf dieselben Rechte können sich aber auch erstmalige Bewerberinnen und Bewerber berufen – Rechtsgrundlage ist in diesem Fall das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) sowie die einschlägigen Vorschriften des Datenschutzrechts.<sup>41</sup>

### 3. Weitere Vorgaben des Verfassungsrechts

[21] Zu beachten ist sodann, dass bei der Ausschreibung und im Auswahlverfahren das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), das spezifische Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) zu beachten sind. Diese Anforderungen sind ohnehin an das gesamte Staatshandeln gestellt und im Rahmen des vorliegenden Kurzgutachtens nicht näher zu vertiefen.

### 4. Unterschiedliche Anforderungen an das Wahl- und das Genehmigungsverfahren

[22] Die hier ausgeführten Anforderungen sind im Rahmen der Wahlvorbereitung bzw. der Wahl selber vorbehaltlos zu beachten. Inwiefern diese Anforderungen auch für das Genehmigungsverfahren vor dem Kantonsrat gelten, hängt von dessen konkreter Ausgestaltung ab. Massgebend ist einerseits, ob die Genehmigung *in globo* oder personenbezogen erfolgt. Andererseits ist von Bedeutung, ob der Kantonsrat (oder seine vorberatenden Kommissionen) zusätzliche Abklärungen treffen bzw. Informationen beschaffen. Im Falle einer personenbezogenen Entscheidung und der Einholung zusätzlicher Informationen muss der Anspruch auf das rechtliche Gehör umfassend berücksichtigt werden. Entscheidet der Kantonsrat indessen *in globo* und stützt er sich hierbei auf das von der Regierung vorbereitete Dossier, besteht meiner Ansicht nach keine Notwendigkeit der Einräumung von rechtlichem Gehör. Dieses Vorgehen entspricht auch der Praxis des Zürcher Kantonsrats (vgl. hinten, Rz. 33 f.).

### 5. Geheimhaltung bzw. Öffentlichkeit des Verfahrens

[23] Personen, welche sich für ein Verwaltungsratsmandat bewerben, geben regelmässig Personendaten preis, welche dem Datenschutzrecht unterstehen. Die entsprechenden Daten sollten daher grundsätzlich nicht bekannt gegeben werden.<sup>42</sup> Nach erfolgter Wahl durch die Regierung dürfte indes eine Veröffentlichung der gewählten Namen kaum mehr zu vermeiden sein. Der Regierungs-

---

<sup>36</sup> KEISER (Fn. 34), S. 518.

<sup>37</sup> KEISER (Fn. 34), S. 518.

<sup>38</sup> VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.3.4.

<sup>39</sup> VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.3.4.

<sup>40</sup> Art. 16 VRP.

<sup>41</sup> Art. 17 Datenschutzgesetz vom 20. Januar 2009 (sGS 142.1; DSG); KEISER (Fn. 34), S. 518.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 3 DSG.

rat wird dem Kantonsrat einen Antrag stellen müssen; dieser wird traktandiert und anschliessend in einer Kommission und im Plenum beraten. Zumindest einzelne Stadien dieses Verfahrens sind – anders als das Verfahren vor Verwaltung und Regierung<sup>43</sup> – grundsätzlich öffentlich.<sup>44</sup> Die Öffentlichkeit des Verfahrens ist ein Charakteristikum des Parlamentsbetriebs und trägt entscheidend zur erhöhten demokratischen Legitimation parlamentarischer Entscheidungen bei.<sup>45</sup> Von der Möglichkeit, die Öffentlichkeit zum Schutze privater Interessen auszuschliessen,<sup>46</sup> sollte daher nur in seltenen Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden (z.B. bei der Begnadigung von Straftätern). Bei der parlamentarischen Genehmigung einer Wahl in ein wichtiges öffentliches Amt überwiegen hingegen klar die öffentlichen Interessen und ein Ausschluss der Öffentlichkeit wäre nicht zu rechtfertigen. Dem entspricht auch die Praxis des Zürcher Kantonsrats bei der Genehmigung der Wahl des Spitalrates (hierzu hinten, Rz. 33 f.) sowie die Praxis der Vereinigten Bundesversammlung bei der Wahlbestätigung<sup>47</sup>. Es ist daher zu empfehlen, dass die Regierung spätestens nach erfolgter Wahl das Einverständnis der Betroffenen einholt, dass die Bewerbungsunterlagen (bzw. die für den Antrag an den Kantonsrat relevanten Informationen über die Kandidatinnen und Kandidaten) veröffentlicht werden. Grundsätzlich ist denkbar, dass bereits in der Ausschreibung darauf hingewiesen wird, dass Bewerberinnen und Bewerber mit der Einreichung ihrer Unterlagen auf eine vertrauliche Behandlung verzichten. Hiervon ist jedoch abzuraten, da potentielle Kandidatinnen und Kandidaten abgeschreckt werden könnten. Denkbar ist immerhin der Hinweis, dass die Bewerbungsunterlagen im Stadium zwischen erfolgreicher Wahl und parlamentarischer Genehmigung nicht mehr vollumfänglich vertraulich behandelt werden können.

### **C. Verfahrensrechte von Bewerberinnen und Bewerbern**

[24] *Frage: Welche Verfahrensrechte haben Bewerberinnen und Bewerber im Rahmen des Genehmigungsverfahrens (insb. Anspruch auf rechtliches Gehör, Geheimhaltung der Bewerbung im Verhältnis zur beschränkten Dauer des Kommissionsgeheimnisses, Kenntnis über Auskünfte Dritter zur Bewerbung, Anspruch auf Begründung bei einer Ablehnung der Genehmigung)?*

[25] Wie bereits erwähnt, können sich nur diejenigen Personen auf das rechtliche Gehör berufen, welche sich einer Wiederwahl stellen (hierzu vorne, Rz. 19). Nur sie haben regelmässig auch einen Anspruch auf Eröffnung mittels Verfügung und Begründung (vorne, Rz. 9).

### **D. Rechtsmittel der Bewerberinnen und Bewerber**

[26] *Frage: Welche Rechtsmittel stehen einer Bewerberin oder einem Bewerber, die oder der von der Regierung gewählt worden ist, im Falle der Nicht-Genehmigung der Wahl durch den Kantonsrat zur Verfügung?*

---

<sup>43</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz) vom 18. November 2014 (sGS 140.2; OeffG), wonach Personendaten vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind. Vgl. auch Art. 3a StVG.

<sup>44</sup> Art. 77 GeschKR.

<sup>45</sup> Auf Bundesebene ist der Grundsatz der Parlamentsöffentlichkeit daher in der Verfassung selber festgehalten (Art. 158 BV). Vgl. auch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. Bern 2011, § 28 Rz. 17.

<sup>46</sup> Art. 80 Abs. 1 GeschKR.

<sup>47</sup> Vgl. bspw. die Bestätigung der Wahl des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, AmtlBull Vereinigte Bundesversammlung 2011, 1306.

[27] *Verfügungen der Regierung über die Nichtwiederwahl* können beim kantonalen Verwaltungsgericht mittels Beschwerde angefochten werden.<sup>48</sup> Eine Person, die sich erstmalig beworben hat, hat demgegenüber keinen Anspruch auf Erlass einer Verfügung und wird voraussichtlich auch keinen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz haben. Ein Anspruch auf gerichtliche Beurteilung besteht gemäss Art. 29a BV nur bei Vorliegen einer «Rechtsstreitigkeit». Dies wiederum bedingt ein minimales Berührtsein in einer schützenswerten Rechtsposition.<sup>49</sup> Das blosses Nichtberücksichtigen einer Bewerbung dürfte dem nicht genügen und regelmässig keinen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz auslösen.<sup>50</sup> Anders wäre hingegen dann zu entscheiden, wenn die unterlegene Bewerberin oder der Bewerber aufgrund konkreter Hinweise eine diskriminierende Behandlung geltend macht oder anderweitige Rechtsverletzungen rügt, etwa die Verletzung datenschutzrechtlicher Vorschriften (z.B. Verletzung der Vertraulichkeit im regierungsrätlichen Wahlverfahren).

[28] Das Urteil des Verwaltungsgerichts über die Nichtwiederwahl kann beim Bundesgericht mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden. Der Streit um die Nichtwiederwahl in eine entgeltlich ausübende Funktion ist vermögensrechtlicher Natur und unterliegt daher einer Streitwertgrenze.<sup>51</sup>

[29] Der Anspruch auf Überprüfung durch ein Gericht darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gerichte bei der inhaltlichen Beurteilung einer Nichtwiederwahl regelmässig grosse Zurückhaltung üben. Den Wahlorganen wird ein grosser Ermessensspielraum belassen. Erfolgversprechend ist erfahrungsgemäss nur die Rüge von Verfahrensrechtsverletzungen – insb. die Missachtung von Ausstandsvorschriften und die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.<sup>52</sup> Der Anspruch auf gerichtliche Überprüfung ist sodann nicht zu verwechseln mit einem Anspruch auf Wiederwahl. Personen, welche nicht wieder gewählt werden, können sich ihre Wiederwahl nicht gerichtlich erstreiten, sondern haben bei einer festgestellten Rechtsverletzung lediglich Anspruch auf finanzielle Entschädigung.<sup>53</sup>

[30] Zu erwähnen ist schliesslich, dass die Kantone «Entscheide mit überwiegend politischem Charakter» von einer gerichtlichen Überprüfung ausnehmen können.<sup>54</sup> Da die Wahl in den Verwaltungsrat der Spitalverbunde aber aufgrund fachlicher und nicht aufgrund politischer Kriterien erfolgt, ist ein entsprechender Ausschluss nicht möglich. Auch der Umstand, dass Wahl und Genehmigung durch politische Organe (Regierungsrat und Kantonsrat) erfolgen, ändert nichts daran, dass der Entscheid von seinem Inhalt her nicht überwiegend politischer Natur ist.<sup>55</sup>

[31] Fraglich ist, ob der *kantonsrätliche Beschluss über die Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung* der Wahl selbständig anfechtbar ist. Im Kanton ist grundsätzlich kein Rechtsmittel dagegen vorgesehen.

---

<sup>48</sup> Art. 59bis Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a Ziff. 4 VRP; VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 2.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 140 II 315 E. 4.4-4.9, S. 325 ff.; vgl. auch JULIAN-IVAN BERIGER/ANDREAS GLASER, Rechtsschutz gegen Realakte: Bundesgericht schafft Klarheit, in: SJZ 2015, S. 169 ff., 174 f.

<sup>50</sup> Vgl. auch BGer Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014, E. 5, am Ende.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 82 ff. BGG; BGer Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014, E. 1.

<sup>52</sup> BGer Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014, E. 6.3; VwGer SG Urteil B 2012/221 und 222 vom 17. Januar 2014, E. 5.3.3.1.

<sup>53</sup> BGer Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014, E. 6.3.

<sup>54</sup> Art. 86 Abs. 3 BGG.

<sup>55</sup> Vgl. BGer Urteil 8C\_353/2013 vom 28. August 2013, E. 6.2 (betreffend Wahl der Mitglieder der Verwaltungskommission der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St.Gallen durch den Regierungsrat).

Das Bundesrecht seinerseits schliesst eine direkte Anfechtbarkeit beim Bundesgericht aus, da die Kantone ein «oberes Gericht» als Vorinstanz einsetzen müssen – es sei denn, es handle sich um Entscheide mit überwiegend politischem Charakter.<sup>56</sup> Da der Entscheid nicht als überwiegend politisch eingestuft werden kann, müsste somit im kantonalen Recht eine zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit geschaffen werden. Vermeiden liesse sich dies nach der hier vertretenen Ansicht dadurch, dass der Genehmigungsbeschluss nicht individuell, sondern *in globo* und ohne weitere Anhörung erfolgt. Dem Rechtsschutzbedürfnis würde dann damit Genüge getan, dass nur die Verfügung der Regierung über die Nichtwiederwahl anfechtbar ist (hierzu vorne, Rz. 13).

## E. Vergleich mit der Rechtslage im Kanton Zürich

[32] *Frage: Vergleich der Rechtslage im Kanton St.Gallen nach Einführung der Genehmigungspflicht mit der Rechtslage im Kanton Zürich betreffend Wahl des Spitalrates des Universitätsspitals. Wie wird das Genehmigungsverfahren im Kanton Zürich praktisch vollzogen und erfolgt die Wahl des Spitalrates nach politischen oder nach fachlichen Kriterien?*

[33] In seiner Stellungnahme vom 15. April 2015 hat der Leiter der Parlamentsdienste des Zürcher Kantonsrats das Genehmigungsverfahren für den Spitalrat des Universitätsspitals Zürich wie folgt beschrieben bzw. durch entsprechende Unterlagen belegt:

- Die Genehmigung bzw. Bestätigung von Wahlen wird als Sachgeschäft von der jeweils zuständigen Sachkommission des Parlaments (Kommission für Bildung und Gesundheit) vorbereitet;
- Eine Anhörung der Kandidatinnen und Kandidaten erfolgt nicht; bei den Beratungen in Kommission und Plenum ist nur das zuständige Regierungsmitglied (Gesundheitsdirektorin bzw. Gesundheitsdirektor) anwesend;
- Der Kantonsrat erhält die notwendigen Informationen über die gewählten Personen mit dem schriftlichen Antrag der Regierung. Diese Informationen sind öffentlich. Gelangt die vorberatende Kommission zur Auffassung, sie benötige zusätzliche Informationen oder Unterlagen, muss sie diese bei der Regierung anfordern;
- Der Kantonsrat entscheidet über die Genehmigung als Sachgeschäft mit einfachem Mehr. Die Genehmigung erfolgt *in globo* und nicht personenbezogen.
- Wird die Genehmigung nicht erteilt (was bisher aber noch nie geschehen ist), dann ist das Wahlverfahren vom Regierungsrat wieder aufzunehmen.
- Der Spitalrat wird *nach fachlichen*, nicht nach politischen Kriterien, zusammengestellt. Auf Interessenvertreter (z.B. der Personalverbände) wird explizit verzichtet. Der Regierungsrat formuliert das Anforderungsprofil wie folgt:
  - «Gesamthaft soll der Spitalrat eine ausgeprägte Fähigkeit zur Strategieentwicklung und -beurteilung aufweisen. Aus diesem Grund ist eine ausgewogene Zusammensetzung aus Persönlichkeiten anzustreben, die eine breite Erfahrung aus den Bereichen Unternehmensführung, Unternehmensfinanzen, Unternehmensentwicklung, Wissenschaft, Medizin, der Pflege und schliesslich der Kommunikation einbringen können.»<sup>57</sup>
- Die parlamentarischen Debatten machen deutlich, dass die Kritik an einzelnen Mitgliedern der Spitalräte (insb. an dessen Präsidenten) zum Teil entlang der Parteigrenzen verläuft. Die

---

<sup>56</sup> Art. 86 Abs. und 3 BGE; BGer Urteil 8C\_353/2013 vom 28. August 2013, E. 6.1 und 6.2.

<sup>57</sup> Antrag des Regierungsrates vom 10. Dezember 2014 betreffend Genehmigung der Erneuerungswahl des Spitalrates des Universitätsspitals Zürich.

Kritik wird indes mit sachlichen Argumenten (z.B. Kritik an Mandatshäufung des Präsidenten) untermauert, nicht mit parteipolitischen Überlegungen.<sup>58</sup>

[34] Die Parlamentsdienste des Zürcher Kantonsrats haben zur Frage der Gewährung von Verfahrensrechten wie folgt Stellung bezogen:

*«Die Bestätigung einer Wahl ist die Gültigkeitsvoraussetzung für die Wahl durch den Regierungsrat. Der Kantonsrat ist nicht Wahlbehörde, sondern der Regierungsrat hat seine Wahl zu vertreten. Eine Anhörung der gewählten Personen ist nicht nötig und findet deshalb auch nicht statt. In dem Sinne wird auch kein rechtliches Gehör gewährt, bzw. stellte sich uns die Frage nicht, ob dies in diesem Verfahren überhaupt relevant ist. [...] Wie ausgeführt, ist der Genehmigungsakt Gültigkeitsvoraussetzung für die Wahl. Wird die Genehmigung nicht erteilt, ist das Wahlverfahren vom Regierungsrat wieder aufzunehmen. Die verfahrensrechtlichen Beschwerdemöglichkeiten ergeben sich aufgrund des Wahlverfahrens und nicht aufgrund der Genehmigung.»*

[35] Die Antwort der Parlamentsdienste des Kantonsrats Zürich vom 15. April 2015 ist diesem Kurzgutachten im Volltext als Anhang beigefügt.

## F. Zusammenfassung

[36] Im Zentrum des vorliegenden Kurzgutachtens steht die Frage, in welchen Verfahren die Wahl des Verwaltungsrates der Spitalverbunde des Kantons St.Gallen und die anschliessende Genehmigung vorzunehmen sind und welche Verfahrensrechte Bewerberinnen und Bewerber geltend machen können. Mit Blick auf den verfahrensrechtlichen Ablauf und die Anforderungen an das Verfahren ist *in zweifacher Hinsicht zu differenzieren*:

- Unterschieden werden muss *erstens* das Wahlverfahren vom Genehmigungsverfahren. Gegenstand des Wahlverfahrens ist die Auswahl einzelner natürlicher Personen durch die Regierung bzw. einen besonderen Wahlausschuss. Die Wahl erfolgt in der Regel nach einer öffentlichen Ausschreibung, unter Beachtung allfälliger Verfahrensgrundrechte der Betroffenen und ist grundsätzlich vertraulich. Demgegenüber ist das Genehmigungsverfahren vor dem Kantonsrat ein Sachgeschäft, welches öffentlich beraten wird. Dies gilt zumindest dann, wenn die Genehmigung – wie in diesem Kurzgutachten empfohlen – *in globo* und nicht bezogen auf die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats erfolgt. In diesem Genehmigungsverfahren müssen die Betroffenen nicht angehört werden.
- Unterschieden werden muss *zweitens* danach, ob sich eine Person erstmals einem Auswahlverfahren für den Verwaltungsrat stellt oder ob die Person diese Tätigkeit bereits ausübte und sich der Wiederwahl stellt. Personen, welche erstmals für ein solches Amt kandidieren, haben grundsätzlich keine besonderen Anhörungsrechte und auch keinen Anspruch auf Erlass einer Verfügung im Falle der Nichtwahl. Zu beachten sind aber auch bei erstmaligen Bewerberinnen und Bewerbern Ansprüche, welche sich aus dem Datenschutzrecht ergeben. Demgegenüber stehen Personen, welche bereits für den Verwaltungsrat des Spitalverbundes tätig waren, in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat und dürfen erfahrungsgemäss auch mit einer deutlich erhöhten Wahrscheinlichkeit der Wahl (bzw. Wiederwahl) rechnen. Auch wenn grundsätzlich kein Anspruch auf Wieder-

---

<sup>58</sup> Vgl. die Parlamentsprotokolle der 173. Sitzung vom 13. November 2006 (insb. Voten KR Oskar Denzler, KR Hans Fahrni und RR Verena Diener) sowie der 9. Sitzung vom 27. Juni 2011 (insb. Voten KR Oskar Denzler und KR Urs Lauffer).

wahl besteht, ist diesen Personen das rechtliche Gehör zu gewähren, sollte ihre Wiederwahl in Frage gestellt sein. Sodann muss die ausbleibende Wiederwahl den Betroffenen als (anfechtbare) Verfügung durch die Regierung eröffnet werden.

[37] Im Sinne einer synoptischen Tabelle lassen sich das Verfahren der Wahl und das Verfahren der Genehmigung wie folgt gegenüber stellen:

	<b>Wahl</b>	<b>Genehmigung</b>
<i>Zuständigkeit</i>	Regierung (evtl. Vorbereitung durch Wahlausschuss)	Kantonsrat (evtl. Vorberatung durch parlamentarisch Kommission)
<i>Natur der Entscheidung</i>	Personalentscheidung	Sachentscheidung
<i>Verfahrensgegenstand</i>	Wahl bzw. Nichtwiederwahl einzelner Personen	Genehmigung der Wahl des Gremiums ( <i>in globo</i> )
<i>Anspruch auf vorgängige Anhörung oder Stellungnahme bei drohender Nicht(wieder)wahl</i>	besteht bei Personen, die sich der Wiederwahl stellen	Soweit die Genehmigung <i>in globo</i> erfolgt, werden die entsprechenden Verfahrensgarantien im Wahlverfahren vor der Regierung gewährt
<i>Anspruch auf Einsicht in das eigene Bewerbungsdossier</i>	Besteht bei allen Personen (Datenschutzrecht)	
<i>Anspruch auf Erlass einer (anfechtbaren) Verfügung</i>	besteht bei Personen, die sich der Wiederwahl stellen	
<i>Anspruch auf gerichtliche Überprüfung</i>	besteht bei Personen, die sich der Wiederwahl stellen	
<i>Vertraulichkeit/Öffentlichkeit</i>	vertraulich	öffentlich

UNIVERSITÄT ST.GALLEN



Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler