

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Organisation

Ausstandspflicht – Die Unabhängigkeit und die Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden entspricht einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. E. 1 – Die Befangenheit betrifft nur natürliche Personen, deshalb kann der Ausstand nur von den Mitgliedern eines Spruchkollegiums, nicht aber von der ganzen Behörde verlangt werden. E. 2 – Wie weit reichen die Mindestanforderungen an die Unbefangenheit von Behördemitgliedern? E. 5

A. Aus dem Sachverhalt

In einer Beschwerde gegen einen Entscheid des Raumplanungsamtes verlangte die Beschwerdeführerin den Ausstand der Baudirektion. Es wurde geltend gemacht, die Instruktion der Beschwerde dürfe nicht der Baudirektion übertragen werden, weil das Raumplanungsamt der Baudirektion angehöre.

B. Erwägungen

1. Der Zweck der Ausstandspflicht besteht darin, jede Befangenheit oder Interessenkollision sowie jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. Gemäss Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) sowie der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Streitsache von einem richtig besetzten, zuständigen, unabhängigen sowie unparteiischen Gericht beurteilt wird. Dieser Anspruch bezieht sich nur auf die Beurteilung von Streitsachen durch Gerichte – einschliesslich Verwaltungsgerichte.

Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. Das bedeutet, die Vorbefassung ist aufgrund der Natur eines Rechtsinstitutes oder der Behördenorganisation unvermeidlich. Es fällt zudem im Gegensatz zu Gerichten besonders ins Gewicht, dass Regierungs- und Verwaltungsbehörden nicht einzig Rechtsprechungsfunktionen wahrnehmen (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss., Zürich 2002, S. 150 f.).

Indessen entspricht die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden heute einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. Andererseits können die Verwaltungsbehörden die an Gerichte gestellten Anforderungen betreffend einer institutionellen Unabhängigkeit nicht erfüllen (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 582). Unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, bestimmt sich ausschliesslich nach dem kantonalen Organisations- und Verfahrensrecht. Zusätzlich haben die Privaten einen aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten bundesrechtlichen Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N 1668; Jörg Paul Müller, a.a.O., S. 582; BGE 127 I 196). Ist die Anrufung einer unabhängigen Gerichtsinstanz vom Gesetzgeber ausgeschlossen worden, so dass eine verwaltungsinterne Behörde letztinstanzlich entscheidet, gelangt zudem Art. 13 EMRK zur Anwendung (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 168).

2. Bei der Befangenheit handelt es sich um einen inneren Gemütszustand, der definitionsgemäss nur bei natürlichen Personen vorkommen kann. Demzufolge hat sich gemäss der Praxis ein Ausstandsbegehren immer gegen eine einzelne, natürliche Person zu richten und nicht gegen eine Gesamtbehörde (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 75 f.). In diesem Sinn kann nur der Ausstand einzelner Mitglieder eines Spruchkollegiums, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.87 vom 14. Juni 2002; BGE 105 Ib 301; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main 1990, S. 302). Dementsprechend gilt auch im kantonalen Recht der Grundsatz, wonach nur der Ausstand einzelner Personen, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden kann. Die Ausstandspflicht erfasst aber alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 7 zu Art. 9 VRPG).

Die Unzulässigkeit von Ausstandsbegehren gegen Gesamtbehörden schliesst aber nicht aus, dass in seltenen Ausnahmesituationen sämtliche Einzelmitglieder einer Behörde befangen sein können. Ein formelles Ausstandsbegehren gegen eine Gesamtbehörde kann daher nicht ohne weiteres und ohne eingehende Prüfung zurückgewiesen werden. Es muss als Ausstandsbegehren gegen alle Einzelmitglieder der entsprechenden Behörde behandelt werden. Die Gutheissung eines solchen Begehrens führt zur Beschlussunfähigkeit der Behörde. Der Entscheid muss dann einer anderen Behörde übertragen werden (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 76 f.). Eine Gesamtbehörde hat jedoch nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände in den Ausstand zu treten (BGE 122 II 477).

3. Die an den Regierungsrat gerichteten Verwaltungsbeschwerden werden im Kanton Zug jeweils von der zuständigen Direktion – genau genommen vom Direktionssekretariat – instruiert. Jede Direktion steht unter der Leitung und Aufsicht eines Mitglieds des Regierungsrates als Direktionsvorsteher oder Direktionsvorsteherin (§ 3 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998 [Organisationsgesetz; BGS 153.1]). Obwohl die betreffende Direktion verpflichtet ist, dem Regierungsrat im Beschwerdeverfahren Antrag zu stellen, steht ihr selbst keine Spruchkompetenz zu, da über die Beschwerde letztlich der Regierungsrat im Kollegium entscheidet. Bei einer Direktion handelt es sich somit nicht um eine Gesamtbehörde mit Spruchkompetenz. Ein Behördenausstand einer Direktion ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Er setzt in der Regel voraus, dass der Direktionsvorsteher oder die Direktionsvorsteherin selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind.

4. Gemäss § 36 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz; BGS 154.21) sind Mitarbeitende des Kantons verpflichtet, in den Ausstand zu treten, wenn sie in einer Angelegenheit ein persönliches Interesse haben. Präzisierend verweist § 12 der Verordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 12. Dezember 1949 (Personalverordnung; BGS 154.211) auf die Ausstandsregelungen von § 8 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BGS 162.1) und § 11 i.V.m. § 13 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrats und der Direktionen vom 25. April 1949 (GO RR; BGS 151.1). Danach hat eine beim Kanton angestellte Person dann in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer eigenen Sache oder mit Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater sie ist, befasst ist, oder wenn sie sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft hat. Zudem hat sie in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer am Geschäft interessierten Person in auf- oder absteigender Linie im zweiten Grad einschliesslich blutsverwandt ist oder mit ihr im Verwandtschaftsverhältnis eines Stiefvaters oder Stiefsohnes, Schwiegervaters oder Schwiegersohnes oder Schwagers steht.

5. Die aus Art. 29 Abs. 1 BV fliessenden Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Behördenmitgliedern reichen nicht so weit wie die Garantie von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Im Zusammenhang mit diesen bundesrechtlichen Mindestanforderungen ist klar zu trennen, ob ein Behördenmitglied mit einer Angelegenheit i.e.S. vorbefasst ist, was bedeutet, dass es tatsächlich am Vorentscheid mitgewirkt hat, oder ob es lediglich eine systembedingte oder institutionelle Nähe zum Entscheidungsträger aufweist, also der gleichen Verwaltungseinheit angehört oder dieser vorsteht (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 164).

a. Vorbefasst i.e.S. ist die Amtsperson, die in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion dieselbe Frage in der gleichen Angelegenheit tatsächlich beurteilt hat. Eine solche unzulässige Vorbefassung sollte grundsätzlich aufgrund von Art. 29 Abs. 1 BV in jedem Fall zu einer Ausstandspflicht führen (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 165).

b. Dagegen spricht man von der systembedingten oder institutionellen Nähe, welche eine mit der Instruktion oder dem Entscheid selber befassete Amtsperson zur Vorinstanz hat. Diesfalls kann die den Rechtsmittelentscheid instruierende Person derselben Verwaltungseinheit angehören wie die Person, die den angefochtenen Entscheid gefällt oder instruiert hat. Es fehlt an einer institutionellen Unabhängigkeit der am Entscheid mitwirkenden Personen. Befangenheit muss deswegen aber nicht vorliegen. Vielmehr besteht ein erhöhtes Risiko, dass der mit dem Vorentscheid befassete Amtsträger auf seinen mit der Instruktion des Beschwerdentscheides betrauten Amtskollegen einwirkt. Inwiefern eine solche systembedingte oder institutionelle Nähe zu einem Ausstand führen kann, ist den Kantonen überlassen, da sich aus Art. 29 Abs. 1 BV kein Anspruch auf eine minimale institutionelle Unabhängigkeit ableiten lässt. Es muss in diesen Fällen die Interessenabwägung stattfinden, ob die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der entscheidenden Behörde höher zu gewichten ist, als die Besonderheit der verwaltungsinternen Rechtspflege mit ihrem spezifischen Sachverstand und der damit verbundenen vollen Ermessensauserschöpfung (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 166 ff.).

6. Befangenheitsvorwürfe sind ernst zu nehmen. Die Beachtung der Ausstandsregeln gewährleistet nämlich nicht nur inhaltlich unabhängige Entscheidungen, sondern trägt auch wesentlich zu deren Glaubhaftigkeit und Akzeptanz bei. Befangenheit wird nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Behörde bzw. eines Behördenmitglieds oder eines Mitarbeitenden in der Verwaltung zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Der aus Art. 29 Abs. 1 BV abzuleitende Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit ist mithin immer dann verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung mindestens ein Anschein von Befangenheit besteht. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen. Demnach genügt bei objektiver Betrachtung lediglich der Anschein der Befangenheit. Eine tatsächliche Befangenheit in der Sache ist nicht erforderlich (BGE 1P.711/2004 vom 17. März 2005).

Die Frage der Beweisführungslast wird im Verwaltungsverfahren insofern entschärft, dass grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, wonach Ausstandsgründe somit von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, zur Anwendung kommt.

Es ist jedoch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege ein Ausstandsgrund nicht leichthin anzunehmen. Die Gutheissung eines Ausstandsbegehrens kann zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, die mit dem Beschleunigungsgebot in Konflikt gerät (BGE 1P.115/2005 vom 3. März 2005). Die Ausstandspflicht steht auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf Beurteilung durch die ordentlichen, durch Rechtssatz bestimmten Verwaltungsrechtspflegeorgane. Ausstandsbestimmungen sind zwar streng auszulegen, eine überspitzte Handhabung solcher Vorschriften, welche die richterliche Tätigkeit oder die Verwaltungstätigkeit unverhältnismässig erschweren oder lahmlegen würde, entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck der Verfahrensordnung. Von der regelhaften Zuständigkeitsordnung soll nicht leichthin abgewichen werden (BGE 1P.711/2004 vom 17. März 2005).

7. Gemäss Schreiben vom 31. Mai 2006 verlangte die Beschwerdeführerin in ihrem Ausstandsbegehren nicht, die Baudirektion bzw. der Baudirektor sei in den Ausstand zu verfügen, sondern lediglich, dass die Baudirektion nicht mit der Instruktion der Beschwerde vom 27. April 2006 beauftragt werde. Obwohl die Beschwerdeführerin damit beim Baudirektor ausdrücklich keinen Ausstandsgrund geltend machte, befreit diese Tatsache die Beschwerdeinstanz – aufgrund der herrschenden Untersuchungsmaxime – nicht davon, beim Baudirektor von Amtes zu prüfen, ob ein bundesrechtlicher Ausstandsgrund nach Art. 29 Abs. 1 BV vorliegt.

8. Es liegen unbestrittenermassen weder der Ausstandsgrund der Verwandtschaft noch der Schwägerschaft vor. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern der Vorsteher der Baudirektion und seine Mitarbeitenden am Ausgang des Verfahrens ein persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse haben sollen. Ausstandsgründe des kantonalen Rechts gemäss § 8 VRG und § 11 i.V.m. § 13 GO RR sind nicht vorhanden. Sie werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht.

9. Im Weiteren ist nun zu prüfen, ob der Vorsteher der Baudirektion und seine Mitarbeitenden die nach Bundesrecht verlangte Distanz und Objektivität wahren können, um im Beschwerdeverfahren den Regierungsrat unabhängig und unbefangen zu instruieren. Vorab ist deswegen zuerst festzustellen, wie ein allfälliges Zusammenwirken der Baudirektion und des Amtes für Raumplanung im Vorfeld des Erlasses der Konzession vom 7. April 2006 zu qualifizieren ist.

a. Grundsätzlich handelt es sich beim Zusammenwirken der Baudirektion und dem ihr unterstehenden Amt für Raumplanung um gesetzlich vorgesehene Strukturen. Schliesslich ist dieses Zusammenwirken im Rahmen der Verwaltungstätigkeit oftmals systembedingt und durch die bestehende praxiserprobte Behördenorganisation unvermeidbar. Natürlich darf ein solches Zusammenwirken eine bestimmte Intensität nicht überschreiten, wobei an eine Intensitätsüberschreitung hohe Anforderungen zu stellen sind. Ansonsten

würde die Verwaltungstätigkeit in unnötiger Weise blockiert oder gar verunmöglicht. Eine unzulässige Überschreitung der Intensität im Zusammenwirken zwischen einer Direktion und einem ihr unterstehenden Amt kann beispielsweise dann vorliegen, wenn die Direktion im Aufgabenbereich des Amtes Entscheidungen trifft oder solche massgeblich beeinflusst. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 31. Mai 2006 reicht dafür eine eventuell erfolgte rechtliche Beratung des Amtes für Raumplanung durch die Baudirektion nicht aus. Eine Vorbefassung bzw. deren Anschein besteht bei der Baudirektion demzufolge mit gutem Grund nicht.

b. Des Weiteren argumentierte die Beschwerdeführerin, das Direktionssekretariat der Baudirektion sei schon im Jahre 2004 in Abklärungen des Grundbuchamtes betreffend Landanschwemmung an die Erbgemeinschaft ... involviert gewesen (vgl. Schreiben des Stv. Direktionssekretärs der Baudirektion/Rechtsanwalt lic. iur. X. vom 14. September 2004). Ob die Problematik der Landanschwemmung Zivilrecht oder Verwaltungsrecht beschlägt und eine Übertragung des Eigentums an die Erbgemeinschaft überhaupt Gegenstand eines Verwaltungsbeschwerdeverfahrens sein kann, wird an dieser Stelle offen gelassen. Dies deshalb, weil die Mitwirkung der Baudirektion bzw. ihr Schreiben vom 14. September 2004 – vorausgesetzt die besagte Landanschwemmung wäre im Verwaltungsrecht anzusiedeln – mangels Intensität keine unzulässige Vorbefassung erzeugen könnte. Zudem müsste bei der geltend gemachten unzulässigen Mitwirkung mindestens der Direktionssekretär der Baudirektion involviert gewesen sein, was aber vorliegend erwiesenermassen nicht der Fall war. Nur in dieser Konstellation besteht nämlich das erhöhte Risiko, dass ein vorbefasster Direktionssekretär auf die ihm hierarchisch unterstellten und mit der Beschwerdeinstruktion befassten Mitarbeitenden Einfluss nimmt. Infolge dieser systembedingten oder institutionellen Nähe ist kein Mitarbeitender mehr in der Lage ist, eine Beschwerde unabhängig und unbefangen instruieren zu können.

c. Die eingehende Prüfung der Akten, welche aber im Ergebnis keine entsprechenden Anhaltspunkte zu Tage bringt, weist ebenfalls nicht auf eine Vorbefassung bzw. deren Anschein seitens des Baudirektors hin.

10. Zusammenfassend ergibt sich, dass im vorliegenden Fall einer Instruktion der Beschwerde vom 27. April 2006 durch die Baudirektion nichts entgegensteht und der Baudirektor bei der Beratung des Beschwerdeantrages im Regierungsrat nicht in den Ausstand treten muss. Dem Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin kann deshalb nicht entsprochen werden.

Regierungsrat, 11. Juli 2006