Regierungsrat des Kts. Zug
Ueberweisung an
E 05. JULI 2012
z. Antrag | z. Erledig.
z. Mitber. | z. Kenntn

bratschi
wiederkehr
& buob

Zürich
Basel
Bern
St. Gallen
Zug

Postfach 1130, CH-8021 Zürich

Einschreiben

Staatskanzlei des Kantons Zug
Herr Tobias Moser, Landschreiber
Regierungsgebäude
Seestrasse 2
6300 Zug

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin

Bahnhofstrasse 70
Postfach 1130
CH-8021 Zürich
Telefon +41 58 258 10 00
Fax +41 58 258 10 99
isabelle.haener@bratschi-law.ch
www.bratschi-law.ch

Im Anwaltsregister eingetragen

74448 | IHA | UST | RG2708581.docx

Zürich, 4. Juli 2012

Rechtsgutachten

über Fragen des Ausstands von Mitgliedern des Regierungsrats

von Prof. Dr. iur. Isabelle Häner
Rechtsanwältin

unter Mitarbeit von Dr. iur. Urs Steimen, Rechtsanwalt

Inhaltsübersicht **Seite**

I. Sachverhalt ... 4

II. Fragestellung ... 5

III. Literatur, Gesetze, Materialien ... 6

A. Literatur ... 6

B. Gesetze ... 7

1. Bund ... 7

2. Kanton Zug ... 7

3. Andere Kantone ... 8

a) Zürich ... 8

b) Luzern ... 8

c) Schwyz ... 8

d) Aargau ... 9

C. Materialien ... 9

1. Bund ... 9

2. Kanton Zug ... 9

IV. Rechtliches ... 10

A. Der Ausstand von Behördemitgliedern im Allgemeinen ... 10

1. Gemäss übergeordnetem Recht ... 10

a) Garantie des fairen und gerechten Verfahrens nach Art. 29 Abs. 1 BV ... 10

aa) Allgemeines ... 10

ab) Anwendungsbereich ... 11

ac) Inhalt ... 12

(i) Allgemeines ... 12

(ii) Bedeutung des Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV ... 13

(iii) Eigene Angelegenheit ... 14

(iv) Angelegenheit einer nahestehenden Person ... 15

(v) Vorbefassung ... 16

(vi) Äusserungen in der Öffentlichkeit oder gegenüber Parteien ... 17

(vii) Weitere Gründe ... 17

b) Völkerrechtliche Garantien ... 18

c) Garantie des Stimmrechts ... 18

2. Gemäss dem Recht des Kantons Zug ... 20

a) Kantonsverfassung ... 20

b) Gesetz über die Rechtsstellung der Mitglieder des Regierungsrates ... 20

c) Geschäftsordnung des Regierungsrates ... 21

ca) Geltende Fassung ... 21

(i) Die einzelnen Voraussetzungen ... 21

cb) Fassung gemäss Entwurf GO RR ... 28

d) Verwaltungsrechtspflegegesetz ... 29

e) Gemeindegesetz ... 29
f) Personalgesetz ... 30
3. Vergleich mit Regelungen des Bundes und anderer Kantone ... 30
a) Allgemeines ... 30
b) Bund ... 30
c) Kanton Luzern ... 31
d) Kanton Schwyz ... 32
e) Kanton Zürich ... 34
f) Kanton Aargau ... 35
g) Würdigung ... 35
B. Zum Ausstand von Regierungsrat Urs Hürlimann ... 36
1. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV ... 36
a) Geltungsbereich ... 36
b) Kategorienbildung ... 37
c) In Angelegenheiten, in denen sich die Ehefrau öffentlich geäussert hat ... 37
d) In Verfahren gegen Beschlüsse des Gemeinderats Hünenberg ... 38
e) In Verfahren mit Beteiligung der Einwohnergemeinde Hünenberg als Partei ... 38
2. Gestützt auf § 11 GO RR ... 38
a) In Angelegenheiten, in denen sich die Ehefrau öffentlich geäussert hat ... 38
b) In Verfahren gegen Entscheide des Gemeinderats Hünenberg ... 39
c) In Verfahren mit Beteiligung der Einwohnergemeinde Hünenberg als Partei ... 40
3. Vergleich mit den Ausstandsfällen des früheren Landschreibers und der stellvertretenden Landschreiberin ... 40
a) Früherer Landschreiber ... 40
b) Stellvertretende Landschreiberin ... 41
C. Gesetzgeberischer Spielraum und Handlungsbedarf ... 42
1. Systematik ... 42
2. Materielles ... 43
V. Folgerung und Beantwortung der Gutachtensfragen ... 45
A. Anforderungen gemäss der Bundesverfassung ... 45
B. Anforderungen gemäss kantonalem Recht ... 45
C. Ausstand von Regierungsrat Hürlimann im vorliegenden Fall ... 46
D. Fallkonstellationen im Verhältnis Gemeinde - Kanton ... 46
E. Vergleich mit Regelungen anderer Kantone ... 47
F. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf und Spielraum ... 47

I. Sachverhalt

1 Urs Hürlimann ist seit Februar 2012 Regierungsrat des Kantons Zug und Vorsteher der Gesundheitsdirektion[1]. Er ist verheiratet mit Regula Hürlimann, der Gemeindepräsidentin der Einwohnergemeinde Hünenberg, und ebenfalls in dieser Gemeinde wohnhaft.

2 Im Zusammenhang mit laufenden Planungen für die künftigen Mittelschulstandorte im Kanton Zug ist eine Diskussion über den Standort für die Kantonsschule im Gang[2], wobei Frau Hürlimann als Befürworterin eines Standortes in Ennetsee in Erscheinung getreten ist[3]. Der Regierungsrat kommt in dieser Angelegenheit namentlich die Aufgabe zu, die Geschäfte vorzubereiten und dem Kantonsrat Antrag für Kreditbewilligungen etc. zu stellen. Für die Meinungsbildung informierte der Baudirektor das Gremium laufend über seine Abklärungen, die Ergebnisse von Anhörungen und die Verhandlungen mit zahlreichen Beteiligten und holte die Grundhaltung des Kollegiums zur strategischen Ausrichtung ein. Gesundheitsdirektor Hürlimann trat dabei jeweils in den Ausstand, da aufgrund des Engagements seiner Ehefrau in dieser Angelegenheit ein Anschein der Befangenheit angenommen wurde[4]. Zum Standort der Kantonsschule Zug wurden parlamentarische Vorstösse eingereicht. Die Medien erwarteten von Baudirektion und Regierungsrat eine schnelle Reaktion[5].

3 Der Landammann erteilte der Staatskanzlei am 2. April 2012 den Auftrag, eine rechtliche „Auslegeordnung" zur Frage des Ausstands insbesondere von Mitgliedern des Regierungsrats zu erstellen. Diesen erfüllte der Landschreiber mit dem Antrag Nr. 24 vom 25. April 2012 an den Regierungsrat. Darin wurde auf § 11 f. GO RR als zentrale Bestimmung betreffend

---

1 Porträt auf der Internetseite des Kantons Zug, besucht am 7. Juni 2012 (http://www.zug.ch/behoerden/gesundheitsdirektion/urs-huerlimann).

2 Dabei geht es v.a. um das Langzeitgymnasium, während der Standort des Kurzzeitgymnasiums in Menzingen offenbar von dieser Diskussion nicht oder jedenfalls weniger betroffen ist (vgl. dazu die Nachweise in Fn. 5). In der Presse wird dies teilweise anders dargestellt (vgl. Fn. 3). Wie es sich damit genau verhält, muss aber hier nicht näher geprüft werden.

3 Vgl. Zentralschweiz am Sonntag vom 6. Mai 2012 S. 21: „Der Neue hat ein Handicap"; eine kleine Suche im Internet ergibt mindestens einen weiteren Treffer in der Neuen Luzerner/Zuger Zeitung vom 7. April 2012 „Kanti-Standort bleibt umstritten"; wobei hier von einem Standort in Cham die Rede ist und die Position von Regula Hürlimann als gemeinsame Haltung zusammen mit den beiden weiteren Ennetseer Gemeindepräsidenten Bruno Werder (Cham) und Peter Hausherr (Risch) dargestellt wird.

4 Die Sachverhaltsdarstellung folgt weitgehend dem Antrag der Staatskanzlei Nr. 24 an den Regierungsrat vom 25. April 2012 für die Sitzung vom 1. Mai 2012 und wird punktuell ergänzt.

5 Eine solche ist in der Zwischenzeit zumindest teilweise erfolgt, vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 8. Mai 2012 zu den Motionen Burch u.a. betr. Standortfrage Kantonsschule Zug (Vorlage Nr. 2'133.1-14'044) und Barmet u.a. betr. Evaluation und Planung der Mittelschulstandorte (Sekundarstufe II) (Vorlage Nr. 2'134.1-14'045); abrufbar unter http://www.zug.ch/behoerden/kantonsrat/kantonsratsvorlagen_geschaefte/2133/?searchterm=standort kantonsschule. In dieser Antwort wird die Frage des Ausstands von Regierungsrat Hürlimann nicht behandelt.

den Ausstand verwiesen, zusätzlich auf Art. 29 BV. Erwähnt wurde weiter die hängige Teilrevision der Geschäftsordnung, die mit § 8 Entwurf GO RR eine neue Ausstandsregelung beinhaltet. In seiner Sitzung vom 1. Mai 2012 beschloss der Regierungsrat, bei einer externen und unabhängigen Fachperson ein Rechtsgutachten zu Fragen zum Ausstand von Mitgliedern des Regierungsrats einzuholen, basierend auf dem geltenden Recht[6]. Dieses soll neben einer allgemeinen Abhandlung zu Fragen des Ausstands den aktuellen Anwendungsfall von Gesundheitsdirektor Urs Hürlimann behandeln, unter Berücksichtigung früherer Fälle, nach Möglichkeit Fallkonstellationen herausarbeiten, die einschlägige Rechtsprechung und Lehre darstellen, Rechtsvergleiche anstellen, die verfassungsrechtlichen Mindestvorgaben und die Arbeiten zur Totalrevision der Geschäftsordnung einbeziehen und schliesslich (allfälligen) gesetzgeberischen Handlungsbedarf darlegen. In der Zwischenzeit sollte Regierungsrat Hürlimann bei Fragen im Zusammenhang mit der Einwohnergemeinde Hünenberg weiterhin im Ausstand bleiben.

4 Mit Schreiben vom 11. Mai 2012 erteilte der Landschreiber den Auftrag zur Verfassung eines Gutachtens, dessen Fragestellung nachfolgend wiedergegeben wird.

II. Fragestellung

5 Der Landschreiber definierte die Fragestellung für das Gutachten wie folgt:

1. Allgemeiner Auftrag: Rechtsgutachten zu Fragen zum Ausstand von Mitgliedern des Regierungsrates (geltendes Recht). Zu prüfen sind die Konstellationen sowohl nach §§ 11 Ziffer 1 als auch Ziffer 2 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1).

2. Konkrete Fragestellungen; Die Expertise soll

    1. eine allgemeine Abhandlung zu Fragen des Ausstands enthalten und den aktuellen Anwendungsfall von Gesundheitsdirektor Urs Hürlimann beleuchten (unter Berücksichtigung der Ausstandsfälle des früheren Landschreibers Tino Jorio und der stellvertretenden Landschreiberin Renée Spillmann Siegwart, deren Ehemann im Bürgerrat der Bürgergemeinde Zug Einsitz hat.

    2. nach Möglichkeit Fallkonstellationen herausarbeiten (Differenzierungsmöglichkeiten aufzeigen);

    3. die einschlägige Rechtsprechung und herrschende Lehre darstellen;

---

6 Auszug aus dem Protokoll der Sitzung des Regierungsrats vom 1. Mai 2012.

4. Rechtsvergleiche mit der Rechtslage anderer Kantone und dem Bund anstellen und den Mindest- bzw. Höchststandard von Ausstandsgründen aufzeigen;

5. bundesrechtliche (verfassungsrechtliche) Mindestvorgabe in Sachen Ausstand abhandeln (Art. 29 BV);

6. die Arbeiten zur Totalrevision der Geschäftsordnung des Regierungsrates einbeziehen;

7. den gesetzgeberischen Handlungsbedarf und Spielraum darlegen.

III. Literatur, Gesetze, Materialien

A. Literatur

Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. Autor, in: Auer/Müller/Schindler, Art., Rz.)

Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011

Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008 (zit. Autor, in: Ehrenzeller u.a., Art., Rz.)

Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Habil., Zürich 2000

Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008

René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009

Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich u.a. 2002

Andreas Stöckli, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Bern 2012

B. Gesetze

1. Bund

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010)

Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)

Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220)

Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272)

2. Kanton Zug

Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (KV; BGS 111.1)

Gesetz über die Abstimmungen und Wahlen (Wahl- und Abstimmungsgesetz, WAG; BGS 131.1)

Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (GO RR; BGS 151.1)

Gesetz über die Rechtsstellung der Mitglieder des Regierungsrats vom 1. Februar 1990 (GRR; BGS 151.2)

Gesetz über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998 (Organisationsgesetz, OG; BGS 153.1)

Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21)

Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; BGS 162.1)

Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesetz, GG; BGS 171.1)

Anpassung kantonaler Gesetze an das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (GS 29, 203, auch abrufbar unter http://www.zug.ch/behoerden/kantonsrat/kantonsratsvorlagen_geschaefte/krv_archiv/1437/?searchterm=partnerschaftsgesetz)

3. Andere Kantone

a) Zürich

Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV ZH; LS 101)

Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 6. Juni 2005 (OG RR; LS 172.1)

Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG ZH; LS 175.2)

b) Luzern

Geschäftsordnung des Regierungsrates vom 5. September 1995 (GO RR LU; SRL Nr. 35)

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (VRG LU; SRL Nr. 40)

c) Schwyz

Geschäftsordnung für den Regierungsrat vom 7. Januar 1987 (GO RR SZ; SRSZ 143.112)

Justizverordnung vom 18. November 2009 (JV SZ; SRSZ 231.110)

Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (VO VRP SZ; SRSZ 234.110)

d) Aargau

Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV AG; SAR 110.000)

Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 26. März 1985 (Organisationsgesetz, OG AG; SAR 153.100)

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG AG; SAR 271.200)

C. Materialien

1. Bund

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV)

2. Kanton Zug

Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 9. Mai 2006, Anpassung kantonaler Gesetze an das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz), Vorlage Nr. 1437.1 (Laufnummer 12039)

Definitiver Bericht zur Revision der Geschäftsordnung des Regierungsrats (zur Verfügung gestellter Auszug der S. 13-17; wurde auf www.zug.ch nicht gefunden; zit. Bericht GO RR)

IV. Rechtliches

A. Der Ausstand von Behördemitgliedern im Allgemeinen

1. Gemäss übergeordnetem Recht

6 Es rechtfertigt sich, bei der Prüfung und Darstellung des geltenden Rechts betreffend den Ausstand von Behördemitgliedern mit dem übergeordneten Recht, insbesondere der Bundesverfassung zu beginnen. Insbesondere Art. 29 BV stellt eine verfassungsrechtliche Minimalgarantie dar[7]. Soweit sich daraus ergibt, dass eine Person in einem bestimmten Verfahren in den Ausstand zu treten hat, besteht keine Möglichkeit mehr, gestützt auf kantonales Recht zu einem anderen Ergebnis zu gelangen.

a) Garantie des fairen und gerechten Verfahrens nach Art. 29 Abs. 1 BV

aa) Allgemeines

7 Art. 29 Abs. 1 BV gewährleistet allen Personen in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen eine gleiche und gerechte Behandlung sowie die Beurteilung innert angemessener Frist. Diese Bestimmung sollte die verschiedenen Aspekte des Verbot der formellen Rechtsverweigerung gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den allgemeinen Verfahrensgarantien, die sich auf Art. 4 aBV abstützte, in einer Norm zusammenfassen[8], ohne sie allerdings einzeln oder gar abschliessend aufzuführen[9]. In der Botschaft zur neuen Bundesverfassung wurden als Teilgehalte die Verbote der formellen Rechtsverweigerung, der Rechtsverzögerung und des überspitzten Formalismus, der Anspruch auf rechtliches Gehör und auf unentgeltliche Rechtspflege genannt, nicht aber des Recht auf einen Entscheid durch eine unbefangene und unparteiische Behörde[10]. In Lehre und Rechtsprechung besteht jedoch Einigkeit, dass auch dieser Anspruch von der Garantie des Art. 29 Abs. 1 BV erfasst wird[11], insbesondere weil das Bundesgericht ihn bereits aus Art. 4 aBV abgeleitet hatte[12].

8 Massgebend für den Entscheid über den Ausstand ist eine objektivierte Betrachtungsweise, d.h. wie ein unbefangener und vernünftiger Dritter in der Lage des Verfahrensbeteiligten die

---

7 Müller/Schefer, S. 818 f.

8 Schindler, S. 51 f.

9 Müller/Schefer, S. 817.

10 Botschaft BV, S. 181; Schindler, S. 51.

11 BGE 130 I 388 E. 4; Kiener/Kälin, S. 416; Müller/Schefer, S. 948 ff.; Schindler, S. 51 f.

12 BGE 127 I 128 E. 3c; 107 Ia 135 E. 2b.

Lage einschätzen würde[13]. Dies ist vor allem dann von Bedeutung, wenn nicht ein klar definierter Ausstandsgrund gegeben ist, sondern eine Generalklausel anzuwenden oder direkt gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV zu entscheiden ist, ob eine begründete Besorgnis der Befangenheit besteht.

ab) Anwendungsbereich

9 Art. 29 Abs. 1 BV enthält allgemeine Verfahrensgarantien, deren Träger alle natürlichen und – mit gewissen Einschränkungen – juristischen Privatpersonen sind[14]. Sie gelten in bzw. für Rechtsanwendungsverfahren, die in einen individuell-konkreten Hoheitsakt münden, d.h. die Rechtsstellung der Einzelnen unmittelbar berühren[15]. Voraussetzung ist allerdings nicht, dass die Betreffenden bereits am Verfahren beteiligt sind. Der Anspruch kann sich auch auf die Einleitung und Durchführung eines Verfahrens richten[16] oder auf ein bestimmtes Verhalten der Behörden bzw. Ansprüche der privaten Beteiligten in einem bereits laufenden Verfahren[17].

10 Nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 29 BV fallen daher Rechtsetzungsverfahren[18], Regierungsakte, informales Verwaltungshandeln und der Abschluss privat- und verwaltungsrechtlicher Verträge. Unter Regierungsakten werden dabei verschiedene Handlungsformen zusammengefasst, die Regierungen verwenden, so die Bestimmung der Richtlinien der Politik, die Wahrnehmung von Finanzbefugnissen, die Pflege äusserer Beziehungen, Information der Öffentlichkeit[19].

11 Die Rechtfertigung des Ausschlusses namentlich der Regierungsakte und der Rechtsetzung liegt einerseits darin begründet, dass sie generell-abstrakter oder allgemeiner Natur sind und daher in der Regel nicht bestimmte Einzelpersonen besonders oder ausschliesslich betroffen

---

13 Schindler, S. 91; vgl. Müller/Schefer, S. 937 f. mit Bezug auf die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 30 Abs. 1 BV.

14 Müller/Schefer, S. 820: Grundsätzlich keine Geltung für Behörden, auch wenn das massgebende Prozessrecht auch ihnen Rechte einräumt.

15 Häner, Rz. 190; Kiener/Kälin, S. 404 f.; Schindler, S. 78.

16 So vor allem das Verbot der Rechtsverweigerung und –verzögerung.

17 Etwa die Gewährung des rechtlichen Gehörs oder der unentgeltlichen Rechtspflege.

18 BGE 130 I 274 E. 2.2; 121 I 230 E. 2c; Kiener/Kälin S. 405 f.; Schindler, S. 78 f., 80 ff.; differenzierend mit Bezug auf Untätigkeit des Gesetzgebers (als Verstoss gegen das Verbot der Rechtsverweigerung) Müller/Schefer, S. 830 ff.

19 Schindler, S. 78 f., 80 ff.

sind. Aus diesem Grund gibt es bei solchen Geschäften in der Regel keine Personen, die Verfahrensrechte gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV geltend machen könnten[20].

12 Anderseits ist bei solchen Akten die Entscheidungsfreiheit der Regierung und Verwaltung relativ gross, es besteht also nur eine wenig intensive rechtliche Bindung. Daher können und sollen politische Argumente den Inhalt solcher Beschlüsse massgebend beeinflussen[21]. Die Mitglieder des Regierungsrats wurden nicht als nach allen Seiten neutrale, unabhängige Richter gewählt, sondern als Vertreter einer bestimmten Partei und oft auch bestimmter Interessen, die der Stimmbürgerschaft bei der Wahl zum wesentlichen Teil grundsätzlich bekannt waren. Interessenbindungen sollen daher nicht ohne weiteres zum Ausstand führen.

ac) Inhalt

(i) Allgemeines

13 Aus Art. 29 Abs. 1 BV werden bezüglich der Unparteilichkeit der am Entscheid beteiligten Behördemitglieder grundlegende Anforderungen gestellt, die in ähnlicher Form in viele gesetzliche Regelungen Eingang gefunden haben. Nach der einen Auffassung müssen sie in diesem Kriterium – im Unterschied zur Unabhängigkeit[22] – den Kriterien für Richter genügen[23]. Andere Autoren bzw. Entscheide weisen zu Recht darauf hin, dass Verwaltungsbehörden bestimmte Aufgaben zu erfüllen haben und dabei oftmals Partei sind und daher vielfach nicht unparteilich sein können[24]. Allerdings liegt hier weniger eine sachliche als eine terminologische Differenz vor. Der Umstand, dass Verwaltungsbehörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben bestimmte Interessen vertreten müssen, kann auch dem Aspekt der Unabhängigkeit zugeordnet werden, da er institutioneller Natur und nicht in den handelnden Personen begründet ist[25].

14 Bei der Prüfung einer Ausstandspflicht ist allerdings nicht allein das Interesse an unabhängigen und unparteiischen Behörden zu berücksichtigen. Sondern es ist namentlich – aber

---

20 Vgl. die in Fn. 18 zitierten Entscheide.

21 Schindler, S. 80 f.

22 Vgl. unten Rz. 15 ff.

23 So Müller/Schefer, S. 948 unter Berufung auf BGE 130 I 388 E. 4 (woraus sich jedoch nur ergibt, dass auch für Verwaltungsbehörden entsprechende Anforderungen bestehen) und 127 I 196 E. 2b (zutreffend).

24 Gerold Steinmann in: Ehrenzeller u.a., Art. 29 Rz. 18 S. 588), unter Berufung auf BGE 124 I 274 E. 3e mit Bezug auf Anklagevertreter.

25 Vgl. 125 I 209 E. 8a betr. Regierungsrat GE; 125 I 119 E. 3 betr. vorgesetzte Verwaltungsbehörde.

nicht nur – in kleinen Verhältnissen auch deren Funktionsfähigkeit zu erhalten, die durch eine übertrieben scharfe Praxis gefährdet werden könnte[26].

(ii) Bedeutung des Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV

15 Nicht anwendbar ist vorliegend Art. 30 Abs. 1 BV[27], wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat. Anwendbar ist die Bestimmung nur auf Behörden, die spezifisch gerichtliche Funktionen wahrnehmen, was vor allem Streitentscheidung durch unbeteiligte Dritte bedeutet[28]. Der Regierungsrat ist gemäss § 47 Abs. 1 KV dem Vollzug der Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse und mit der Staatsverwaltung und Rechnungsführung in allen Teilen beauftragt und hat daher keine gerichtliche Funktion, obwohl er selbst auch über Rechtsstreitigkeiten entscheidet. Die Mitglieder dürfen nach § 21 Abs. 2 KV nicht gleichzeitig einem Gericht angehören.

16 Trotzdem sind vorliegend auch Art. 30 Abs. 1 BV, die Auffassungen der Lehre und die Rechtspraxis dazu von Interesse, da zum Ausstand von Gerichtspersonen deutlich mehr Entscheide ergehen als zu demjenigen von anderen Behördenmitgliedern, und werden bei Bedarf herangezogen. Die Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV sind vor allem hinsichtlich der Unabhängigkeit strenger als diejenigen von Art. 29 Abs. 1 BV[29], wobei im Einzelnen unterschiedliche Auffassungen bestehen[30]. Mit Bezug auf die Unparteilichkeit von Verwaltungsbehörden entsprechen die Anforderungen nach strengerer Auffassung weitgehend denjenigen von Art. 30 Abs. 1 BV[31]. Die dafür massgebenden Gründe sind deshalb heranzuziehen. Da für Gerichte stets im Minimum gleich strenge Kriterien gelten wie für Verwaltungsgerichte, kann die Praxis dazu zur negativen Abgrenzung dienen: Sachverhalte, die für Richter keinen Ausstandsgrund bilden, stellen auch für Verwaltungsbehörden keinen dar.

---

26 BGr, 20. Juni 2000, 1P.426/1999, E. 2b, ZBl 103/2002 S. 36 ff.; vgl. betr. Ausstand der Gerichte aktuell BGr, 3. Mai 2012, 5A_109/2012, E. 3.2.3: „Der Ausstand muss die Ausnahme bleiben und darf nicht leichtfertig bejaht werden, bestünde doch andernfalls die Gefahr, dass die regelhafte Zuständigkeitsordnung für die Gerichte und damit der Anspruch auf Beurteilung durch die ordentlichen, durch Rechtssatz bestimmten Gerichte ausgehöhlt werden könnte", vgl. dazu auch unten Fn. 35; BGE 122 II 471 E. 3 betr. UBI Radio/Fernsehen, die als „quasi-richterliches Organ" bezeichnet wird.

27 Müller/Schefer, S. 947.

28 Müller/Schefer, S. 928 f.

29 Müller/Schefer, S. 947.

30 Vgl. vorne Rz. 13, 22 ff.

31 Müller/Schefer, S. 948.

(iii) Eigene Angelegenheit

17 Fundamentalster Grundsatz ist, dass niemand in eigener Sache entscheiden darf[32]. Dies bezieht sich einerseits auf Fälle, in denen das Behördemitglied formell Partei im entsprechenden Verfahren ist[33], anderseits auf solche, in denen es sonst ein intensives persönliches Interesse am Verfahrensausgang hat, d.h. wenn der Entscheid einen besonderen Vor- oder Nachteil rechtlicher oder tatsächlicher, finanzieller oder ideeller Natur bewirkt bzw. bewirken kann, der weit über die Betroffenheit der meisten anderen Personen hinausgeht[34]. Kein Ausstandsgrund besteht dann, wenn von einem Entscheid eine grosse Zahl von Personen potentiell betroffen ist und die Auswirkungen auf die Einzelnen relativ geringfügig und mittelbar sind[35].

18 Der Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. Das Bundesgericht anerkennt eine Ausnahme insbesondere für den Bereich der Zonenplanung, wo namentlich in kleineren Gemeinden die Behördemitglieder nicht zwingend in den Ausstand treten müssen, wenn sie von der zu beschliessenden Massnahme selbst betroffen sind[36]. Dies kann allenfalls damit gerechtfertigt werden, dass umfassende Planungen für die ganze Gemeinde oder grosse Teile davon jeweils eine grosse Zahl von Eigentümern betreffen und daher die Behördemitglieder nicht spezifisch betroffen sind.

19 In konstanter Rechtsprechung wird die Wahrnehmung öffentlicher Interessen in amtlicher Eigenschaft nicht als „eigenes Interesse" betrachtet[37]. Ob eine „eigene Sache" vorliegt, muss dabei nach inhaltlichen Kriterien bestimmt werden, d.h. bezogen auf den materiellen Gegenstand des Verfahrens. Dieser muss die privaten Interessen eines Behördemitglieds oder einer ihr nahestehenden Person unmittelbar betreffen.

---

32 Müller/Schefer, S. 948.

33 Schindler, S. 97 f.; BGr, 21. September 1966, ZBl 1967, S. 53 E. 2; neuere Entscheide hierzu sind kaum auffindbar, was wohl zeigt, dass solch grobe Fehler selten vorkommen.

34 Schindler, S. 99; dass der Entscheid letztlich einen solchen Vor- oder Nachteil bewirkt, kann nicht Voraussetzung sein, es muss reichen, dass dies mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eintreten kann.

35 BGr, 3. Mai 2012, 5A_109/2012, E. 3, betr. Ausstands der Zürcher Gerichte in einem Verfahren gegen die kantonale Beamtenversicherungskasse. Hintergrund ist die Tatsache, dass alle Mitglieder der Zürcher Gerichte bei der BVK gegen Alter und Invalidität versichert sind. Bekannt – aber u.E. im vorliegenden Zusammenhang sekundär – ist zudem die schlechte finanzielle Lage der Versicherung.

36 BGr, 20. Juni 2000, 1P.426/1999, E. 2b, ZBl 103/2002 S. 36 ff. (mit kritischen Bemerkungen der Redaktion).

37 Stöckli, S. 635; BGE 125 I 119 E. 3d; BGE 107 Ia 135 E. 2b (vgl. dazu Rz. 20 Fn. 38); 103 Ib 134 E. 2b; kritisch Häner, Rz. 450; Schindler, S. 173 f.

20 Dies wird bestätigt durch den Umstand, dass vor allem in der Vergangenheit die Mitwirkung von Behördemitgliedern in Geschäften, an denen sie aufgrund einer amtlichen Eigenschaft bereits in einem früheren Stadium beteiligt waren, in sehr weitgehendem Mass zugelassen wurde. Dies betrifft sowohl die Mitwirkung in einer früheren Station des Instanzenzugs als auch aufgrund der Mitgliedschaft in Organen einer juristischen Person[38]. Solche Fälle werden heute allenfalls durch den Ausstandsgrund der Vorbefassung erfasst[39]. Mit Bezug auf Fälle der Mitgliedschaft von Amtes wegen in Organen juristischer Personen ist die neuere Praxis allerdings kaum strenger geworden[40].

(iv) Angelegenheit einer nahestehenden Person

21 Aus der Bestimmung wird darüber hinaus gehend abgeleitet, kein Behördenmitglied dürfe in einer Sache entscheiden, an der eine ihm besonders nahestehende Person beteiligt oder besonders interessiert ist[41]. Die Rechtsprechung darüber, welche Kriterien für Behörden diesbezüglich unmittelbar aus der Verfassung abzuleiten sind, ist allerdings spärlich und lückenhaft. Gemäss einem nicht amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2003[42] betreffend eine Zonenplanung kommt es unter anderem darauf an, welche Entscheidungsmöglichkeiten bestehen und wie umstritten sie sind, sowie auf die Grösse der Einflussmöglichkeiten des Behördenmitglieds. Dass sich der fragliche Entscheid zugunsten des Schwiegervaters des handelnden Gemeindevorstehers auswirken konnte, wurde im Ergebnis – allerdings ohne nähere Begründung – als für eine Ausstandspflicht auch gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV genügend angesehen. Bereits aus Art. 4 aBV hatte das Bundesgericht eine Ausstandspflicht für den Fall abgeleitet, dass ein Behördemitglied öffentlich seiner Geringschätzung einer Verfahrenspartei Ausdruck gegeben hatte[43]. Daraus kann abgeleitet werden, dass nicht nur familienrechtliche Verhältnisse, sondern auch Freundschaft, Feind-

---

38 Stöckli, S. 635 ff.; BGE 125 I 119 E. 3d (Instanzenzug); BGE 107 Ia 135 E. 2b; in diesem Entscheid wurde die Mitwirkung der beiden Zürcher Regierungsräte an einem Rekursentscheid gegen das Elektrizitätswerk des Kantons Zürich geschützt, die als Verwaltungsräte beim angefochtenen Entscheid mitgewirkt hatten. Das ginge heute sicher wegen der Vorbefassung zu weit (vgl. unten Rz. 22 f.); 103 Ib 134 E. 2b (Mitgliedschaft des Kantonstierarztes SG im Verwaltungsrat der Tiermehlfabrik Bazenheid AG); diese Praxis wird in der Lehre z.T. kritisiert, vgl. z.B. Häner, Rz. 450.

39 Vgl. hinten Rz. 22 ff.

40 BGr, 31. Januar 2011, 1C_278/2010, E. 2.2; 11. November 2010, 1C_198/2010, E. 2.2 (Entscheid des Gemeinderats Walenstadt über ein eigenes Baugesuch).

41 Müller/Schefer, S. 948 f.; Schindler, S. 99 f.

42 BGr, 14. Oktober 2003, 1P.316/2003, ZBl 106/2005, S. 634 ff., E. 3.

43 BGr, 14. Februar 1997, 2A.364/1995, ZBl 99/1998 S. 289 ff.; es handelte sich dabei um den Fall Gasser/Iten, der den Auftraggebern dieses Gutachtens noch bekannt sein dürfte; in diesem Fall lag allerdings keine eigentliche Beziehung, insbes. Feindschaft, zwischen dem Behördemitglied und der Partei vor. Er kann auch dem Ausstandsgrund der öffentlichen Meinungsäusserung zugeordnet werden (vgl. unten Rz. 26).

schaft und ähnliche persönliche Beziehungen von Bedeutung sind, wenn sie eine erhebliche Intensität aufweisen, wobei hier aufgrund der nicht formalisierten Natur solcher Beziehungen im Einzelfall zu entscheiden ist[44]. Eine ähnliche Bedeutung können frühere oder laufende Streitigkeiten und Prozesse haben[45]. Auf die Praxis betreffend die richterliche Unabhängigkeit kann nicht unbesehen abgestellt werden. Die Ausstandspflicht wird dabei nicht immer direkt und allein aus der Verfassung, sondern oft (auch) aus einer entsprechenden gesetzlichen Regelung abgeleitet[46].

(v) Vorbefassung

22 Ein Ausstandsgrund, der in den letzten Jahrzehnten auch verfassungsrechtlich grosse Bedeutung erlangt hat, ist derjenige der Vorbefassung. Allgemein geht es dabei darum, dass ein Behördemitglied, das an einem Entscheid mitzuwirken hat, bereits früher in gleicher oder anderer amtlicher Eigenschaft mit derselben Angelegenheit befasst war. Leitlinie ist, dass der Ausgang des Verfahrens offen sein muss und durch die vorherige Tätigkeit der Person nicht der Anschein der Voreingenommenheit entsteht[47].

23 Eine generelle Regel, wann eine solche Vorbefassung zum Ausstand der betreffenden Person führen muss, kann nicht formuliert werden, sondern ist im Einzelfall festzulegen[48]. Nach einer Lehrauffassung haben dabei in der verwaltungsinternen Rechtspflege, d.h. beim Entscheid über Rechtsmittel durch Verwaltungsbehörden oder Exekutiven, besonders strenge Massstäbe zu gelten[49]. Andere Autoren sind diesbezüglich zurückhaltender und weisen darauf hin, dass an Verwaltung und Regierung aufgrund ihrer Aufgaben nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden können wie an Gerichte[50]. Die Praxis des Bundesgerichts ist diesbezüglich auch in jüngerer Zeit relativ grosszügig. So erachtete es die Mitwirkung eines

---

44 Vgl. Schindler, S. 112 ff.

45 BGE 134 I 20 E. 4; Müller/Schefer, S. 940.

46 Vgl. BGE 117 Ia 170 E. 2 f. betr. Verhältnis zum Ehemann der Schwägerin (keine Schwägerschaft im Sinn des ZGB); aus den Erw. ist der Schluss zu ziehen, dass hier nicht generell ein Ausstandsgrund vorliegt.

47 Müller/Schefer, S. 942 f. bez. Art. 30 Abs. 1 BV; Gerold Steinmann in: Ehrenzeller u.a., Art. 30 Rz. 12; ebenfalls betr. richterlichen Ausstand BGE 133 I 89 E. 3.2, wobei Offenheit des Verfahrens bzw. Ausgangs verlangt wird. Gemäss Müller/Schefer darf der Ausgang „nicht vorbestimmt erscheinen", was u.E. zu eng ist.

48 BGr, 19. Mai 1998, 2P.231/1997, E. 2b: strengere Anforderungen bei einer verwaltungsexternen Aufsichtsbehörde als bei politischen Behörden; Müller/Schefer, S. 949.

49 Müller/Schefer, S. 949.

50 Gerold Steinmann in: Ehrenzeller u.a., Art. 29 Rz. 18.

Regierungsratsmitglieds in einem Rechtsmittelverfahren gegen Entscheid seines eigenen Departements als zulässig[51].

24 Keine Ausstandspflicht besteht in Fällen, in denen die mehrfache Befassung einer Person mit der gleichen Angelegenheit aufgrund der Natur eines Rechtsinstituts unvermeidlich ist. Dies trifft gerade in der Verwaltungsrechtspflege in verschiedenen Fällen zu, z.B. bei Einsprache und Wiedererwägung[52].

25 Zu betonen ist, dass sich die Frage, ob ein Behördemitglied wegen Vorbefassung in den Ausstand zu treten hat, nur dann stellt, wenn dieses selbst in einem früheren Stadium und allenfalls in anderer amtlicher Eigenschaft bereits am Verfahren beteiligt war[53]. Dagegen sind aus Rechtsprechung und Lehre keine Fälle bekannt, in denen ein Ausstandsgrund aus der Mitwirkung einer dem betreffenden Behördemitglied nahestehenden Person in einer früheren Phase abgeleitet wurde.

(vi) Äusserungen in der Öffentlichkeit oder gegenüber Parteien

26 Vor allem für Gerichtsmitglieder kann sich aus Art. 30 Abs. 1 BV ein Ausstandsgrund auch aus Äusserungen in der Öffentlichkeit oder gegenüber Parteien ergeben, wenn sie einen unmittelbaren Bezug zum konkreten Verfahren aufweisen[54]. Auch dieser Grund ist für Mitglieder anderer Behörden beachtlich.

27 Die Ausstandspflicht beschränkt sich aber auf diejenige Person selbst, welche die Aussagen gemacht hat, und überträgt sich nicht auf andere, ihr nahestehende Mitglieder von Behörden.

(vii) Weitere Gründe

28 In Rechtsprechung und Lehre werden noch weitere Ausstandsgründe genannt, wobei teilweise unklar ist, ob diese verfassungsrechtlich von Bedeutung sind oder sich nur aus gesetzlichen Regelungen, namentlich aus einer Generalklausel ergeben. Weder mit Bezug auf Art. 29 Abs. 1 noch auf Art. 30 Abs. 1 BV ist allerdings davon auszugehen, dass sich aus ihnen ein Numerus clausus von Ausstandsgründen ergibt. Liegen genügend intensive Grün-

---

51 BGE 125 I 119 E. 3; 8. September 2000, 5P.284/2000, E. 4.

52 Schindler, S. 150 ff.

53 Schindler, S. 147.

54 Müller/Schefer, S. 940 ff.; Gerold Steinmann in: Ehrenzeller u.a., Art. 30 Rz. 10; .

de vor, die geeignet sind, Zweifel an der Unparteilichkeit einer Person zu wecken[55], so sind diese zu berücksichtigen.

29 Als weitere Ausstandsgründe werden genannt wirtschaftliche Interessen und Abhängigkeiten wie Arbeitsverhältnisse, Geschäftsbeziehungen, Konkurrenzverhältnisse und Beteiligung an Gesellschaften und juristischen Personen[56], Beeinflussung durch Parteien (z.B. mittels Gefälligkeiten) oder Dritte wie Medien[57] sowie die Zugehörigkeit zu (nicht wirtschaftlichen) Interessengruppen[58].

30 Wirtschaftliche Interessen spielen bei Behördenmitgliedern, die ein Vollamt ausüben, in der Regel ein untergeordnete Rolle oder fallen gar unter entsprechende Verbote[59]. Die Zugehörigkeit zu einer gemeinsamen ideellen Interessengruppe bewirkt grundsätzlich keinen erheblichen Anschein der Befangenheit gegenüber einzelnen anderen Mitgliedern, wenn deren individuellen Interessen betroffen sind, sondern nur, wenn die Interessen der Gruppe erheblich tangiert sind oder diese Partei ist[60].

b) Völkerrechtliche Garantien

31 Der Gutachtensauftrag umfasst die Beurteilung aufgrund völkerrechtlicher Bestimmungen an sich nicht. Pro Memoria ist darauf hinzuweisen, dass namentlich Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II entsprechende Verfahrensgarantien in Bezug auf die Gerichte enthalten, die aber im Wesentlichen Art. 30 BV entsprechen[61].

c) Garantie des Stimmrechts

32 Das Bundesgericht hatte mindestens zweimal Ausstandsbestimmungen für kantonale und kommunale Parlamente auf ihre Vereinbarkeit mit den politischen Rechten zu überprüfen. Dabei geht es in seiner neueren Praxis davon aus, dass Bestimmungen über den Ausstand von Parlamentsmitgliedern das passive Wahlrecht betreffen. Wird das Parlament im Proporz gewählt, so soll damit die Erfolgswertgleichheit der Stimmen garantiert werden. Kann ein Teil der Gewählten ihr Amt nur zum Teil ausüben, so ist diese eingeschränkt. Ausstandsbestim-

---

55 Müller/Schefer, S. 937 betr. richterliche Unabhängigkeit.

56 Schindler, S. 114 ff.

57 Schindler, S. 120 ff.

58 Schindler, S. 126 ff.

59 Vgl. hinten Rz. 38 f.

60 Schindler, S. 127 ff.

61 Vgl. Müller/Schefer, S. 930 ff.

mungen benötigen daher eine Grundlage in einem formellen Gesetz, müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein und die Ausstandspflicht rechtsgleich ohne Diskriminierung einzelner Abgeordneter oder Bevölkerungsgruppen regeln. Das Bundesgericht hat in der Folge Bestimmungen über den Ausstand von Kantonsangestellten zumindest zweimal ganz oder teilweise aufgehoben[62].

33 Welche Bedeutung dieser Rechtsprechung vorliegend zukommt, ist unklar. Es liegen gewichtige Unterschiede vor. So geht es hier nicht um einen generellen Ausstand von Regierungsratsmitgliedern bei bestimmten Arten von Geschäften, sondern um die Prüfung entsprechender Gründe im Einzelfall. Da alle Mitglieder vollamtlich tätig sind[63], kommt ein Ausstand allein wegen ihrer Stellung ohnehin nicht in Betracht.

34 Gewisse Parallelen zu den erwähnten Entscheiden bestehen dennoch. So wird der Regierungsrat des Kantons Zug – im Unterschied zu den meisten anderen Kantonen – im Proporzverfahren gewählt[64] und soll damit soweit möglich ebenfalls die politischen Kräfteverhältnisse im Sinn der Erfolgswertgleichheit abbilden. Eine sehr weitgehende Ausstandspraxis könnte dazu führen, dass in einer Vielzahl von Geschäften nur eine in zufälliger Weise mehr oder weniger reduzierte, für den Willen der Stimmberechtigten nicht repräsentative Besetzung mitwirkt, was Bedenken erwecken würde. Auch bei einer Wahl im Majorzverfahren würde im Übrigen die vom Volk bestimmte Zusammensetzung durch eine übertriebene Ausstandspraxis in vielen Fällen geändert. Der Regierungsrat ist wie der Kantonsrat ein primär politisches Gremium, dessen Aufgaben nur zum Teil in der Rechtsanwendung im Rahmen von Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren besteht.

35 Soweit der Regierungsrat Geschäfte behandelt, die nicht unter die Garantie von Art. 29 BV fallen, sollen daher die Ausstandsgründe des kantonalen Rechts mit einer gewissen Zurückhaltung angewandt und nicht regelmässig dann angerufen werden, wenn gewisse Interessenbindungen oder auch nur –präferenzen eines Mitglieds sichtbar sind oder vermutet werden können.

---

62 BGE 125 I 289 E. 6 f.;123 I 97 E. 4-6.

63 Vgl. § 1 f. GRR.

64 Vgl. § 51 WAG im Abschnitt „2. Proporzwahlen".

2. Gemäss dem Recht des Kantons Zug

a) Kantonsverfassung

36 § 21 KV bestimmt, dass die gesetzgebende, vollziehende und die richterliche Gewalt voneinander getrennt sind, und legt in § 20 f. KV entsprechende personelle Unvereinbarkeiten fest. Nach § 20 KV dürfen in einer richterlichen oder verwaltenden Behörde Ehegatten, registrierte Partner, Personen in dauernder Lebensgemeinschaft, Verwandte und Verschwägerte in gerader Linie oder bis zum vierten Grad in der Seitenlinie sowie zwei Personen, deren Ehegatten oder eingetragene Partner Geschwister sind. Gemäss § 21 Abs. 2 KV darf niemand gleichzeitig Mitglied das Kantonsrats, des Regierungsrats oder eines Gerichts sein, Abs. 3 schliesst die Träger gewisser kantonaler Funktionen von der Mitgliedschaft in den genannten Behörden aus. Durch Gesetz könnten nach Abs. 4 weitere Unvereinbarkeiten begründet werden.

37 Bestimmungen über den Ausstand von Behördemitgliedern enthält die Kantonsverfassung nicht. Nach § 48 KV wird die Geschäftsordnung des Regierungsrats durch ein vom Kantonsrat aufzustellendes Reglement bestimmt. Dieses enthält die Bestimmungen über den Ausstand (vgl. unten Rz. 40).

b) Gesetz über die Rechtsstellung der Mitglieder des Regierungsrates

38 Dieser Erlass enthält wie die Kantonsverfassung keine Regelungen über den Ausstand, jedoch weitere Unvereinbarkeitsbestimmungen i.S.v. § 21 Abs. 4 KV. Als Folge der bereits erwähnten vollamtlichen Tätigkeit[65] untersagt § 2 GRR nebenberufliche Erwerbstätigkeiten. Zusätzlich erklärt § 3 GRR die Vertretung von Klienten vor kantonalen Behörden sowie in Verfahren gegen ausserkantonale Gemeinwesen und Behörden (lit. a), erhebliche Geschäftsbeziehungen mit dem Kanton und seinen Anstalten (lit. b), Mandate in Gesellschaften und Unternehmen (lit. c und d) sowie leitende Funktionen in nicht kulturellen, gemeinnützigen und sportlichen Organisation bzw. politischen Parteien (lit. e) für mit dem Amt unvereinbar. Aus der Verwendung des Begriffs „Klienten" in lit. a ist zu schliessen, dass die gelegentliche Vertretung von Personen aus der Familie und dem Freundeskreis zulässig ist.

39 Diese Regelung überschneidet sich in ihrem Anwendungsbereich mit § 11 GO RR und ist daher auch vorliegend von erheblicher Bedeutung. Zeigt sich bei der Behandlung eines Regierungsratsgeschäfts, dass ein Mitglied darin in unerlaubter Weise eine Partei vertreten hat,

---

65 Vgl. vorne Rz. 33.

so ist zunächst diese Tätigkeit zu unterbinden. Daraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass das Mitglied bei der weiteren Behandlung mitwirken dürfte[66].

c) Geschäftsordnung des Regierungsrates

ca) Geltende Fassung

40 § 11 GO RR regelt heute den Ausstand der Mitglieder des Regierungsrats. Die Bestimmung lautet:

„Ein Mitglied hat in den Ausstand zu treten:

1. In eigener Sache; in Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater es ist, oder wenn es sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft hat;

2. wenn es 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 oder mit ihr durch eine eingetragene Partnerschaft verbunden ist."

41 § 12 GO RR enthält weitere Bestimmungen. Abs. 1 legt fest, dass Wohnsitz oder Bürgerrecht in einer Gemeinde nicht zum Ausstand verpflichten. Nach Abs. 2 entscheidet der Regierungsrat über den Ausstand in Abwesenheit des betreffenden Mitglieds. Der Ausstand wird gemäss Abs. 3 im Protokoll vorgemerkt und verpflichtet zum Verlassen des Sitzungssaals.

(i) Die einzelnen Voraussetzungen

42 Sowohl mit Bezug auf § 11 Ziff. 1 als auch Ziff. 2 können bezüglich aller Ausstandsgründe drei Elemente unterschieden werden: Die „Sache" bzw. das „Geschäft", über das der Regierungsrat zu beraten und zu entscheiden hat, die Betroffenheit bzw. das besondere Interesse des Mitglieds selbst oder einer anderen Person, sowie gegebenenfalls eine qualifizierte Beziehung des Mitglieds zur interessierten Person, sei es durch ein Vertretungsverhältnis oder eine familienrechtliche Beziehung.

---

66 Vgl. unten Rz. 52.

(1) „Sache" bzw. „Geschäft"

43 § 11 GO RR bezeichnet den Gegenstand, auf den sich die Ausstandspflicht bezieht, erstens als „Sache", entweder die eigene oder diejenige einer durch das Mitglied vertretenen Person[67]. Aufgrund des Wortlauts ist dieser Begriff in einem Art. 29 Abs. 1 BV entsprechenden Sinn zu verstehen als Verfahren, in welchem das Regierungsratsmitglied oder die ihm nahestehende Person Partei ist.

44 Die Ausstandspflicht besteht jedoch auch in jedem „Geschäft", an dem das Mitglied oder eine qualifiziert nahestehende Person ein besonderes Interesse hat. Dieser Begriff ist ebenfalls wegen des Wortlauts nicht im gleichen engen Sinn wie derjenige der „Sache" zu verstehen. Er wurde offenbar deshalb gewählt, weil der Regierungsrat über viele Gegenstände zu entscheiden hat, an denen nicht im eben dargelegten Sinn private Parteien beteiligt sind und die nicht durch Erlass einer Verfügung abgeschlossen werden. Unter den Begriff des „Geschäfts" fallen daher in einem denkbar breiten Sinn alle Gegenstände regierungsrätlicher Beratung und Entscheidung, unabhängig von einer Qualifikation als Verfügung.

(2) „Eigene Sache" bzw. „Sache einer Person" oder „Unmittelbares Interesse"

45 Bezieht sich die Ausstandspflicht auf die eigene Sache oder diejenige einer durch das Ratsmitglied vertretenen Person, so ergibt sich das Interesse der Person aus ihrer Parteistellung im entsprechenden Verfahren. Für die weitere Auslegung von Bedeutung ist der Umstand, dass zwischen „eigener Sache" und „Sache einer Person", die durch das Ratsmitglied vertreten wird, unterschieden wird. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Sache der vertretenen Person grundsätzlich keine eigene Sache des Ratsmitglieds darstellt (vgl. weiterführend hinten Rz. 52).

46 Eine Ausstandspflicht besteht zusätzlich dann, wenn das Mitglied selbst „ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse" hat oder wenn sie eine Beziehung i.S.v. § 11 Ziff. 2 GO RR zu einer „am Geschäft interessierten" Person hat. Dieser zweite Begriff ist zumindest gleich eng auszulegen wie der erste, da es widersprüchlich wäre, bei einem weniger intensiven Interesse einer anderen Person einen Ausstandsgrund anzunehmen als beim Mitglied selbst. Vorauszusetzen ist somit ebenfalls ein „unmittelbares" Interesse dieser nahestehenden Person.

47 Aufgrund des Wortlauts besteht an sich kein Ausstandsgrund, wenn eine durch das Ratsmitglied vertretene Person nicht Partei ist, aber ein vergleichbares anderweitiges Interesse am

---

67 In diesem Zusammenhang ist bereits darauf hinzuweisen, dass §§ 1 ff., insbes. § 3 GRR die Befugnis der Regierungsratsmitglieder zur Vertretung anderer Personen erheblich einschränken.

Geschäft hat. Dieser Fall muss aber gleich gestellt werden, wenn entweder ein Vertretungsverhältnis auf Dauer oder eines in der entsprechenden Angelegenheit besteht[68].

48 Massgebender Begriff ist demnach das unmittelbare persönliche, wirtschaftliche oder anderweitige Interesse. Nach dem Wortlaut muss dabei jedes Interesse unmittelbar sein. Dieser Begriff wird in vielen Ausstandsregelungen verwendet[69] und wird dahin gehend ausgelegt, dass eine besonders intensive Betroffenheit vorliegen muss[70]. Unmittelbare rechtliche Interessen liegen dann vor, wenn im fraglichen Verfahren Rechte und Pflichten eines Mitglieds geregelt werden[71]. In solchen Fällen wird dieser aber in aller Regel bereits Partei sein, womit bereits der Ausstandsgrund der eigenen Sache nach Ziff. 1 gegeben ist.

49 Gemäss § 11 GO RR bildet nur die Vertretung anderer Personen durch das Regierungsmitglied selbst einen Ausstandsgrund, nicht aber entsprechende Verhältnisse zwischen ihm nahestehenden Person gemäss Ziff. 2 und Dritten[72]. Es stellt sich daher die Frage, ob und wenn ja in welchen Fällen Vertretungsverhältnisse ein ausstandsrelevantes eigenes Interesse der Vertreterin bzw. des Vertreters bewirken. Dies kann vor allem bei juristischen Personen des Privatrechts der Fall sein, deren Interessen grundsätzlich privater und nicht öffentlicher Natur sind. Die vertretungsberechtigten Personen können als Partner(in), Teilhaber(in), Grossaktionär(in[73]) oder leitende Angestellte[74] auch selbst ein massgebliches Interesse an den Angelegenheiten der juristischen Person haben. Ein solches kommt bei kleineren Unternehmen bzw. juristischen Personen viel eher in Betracht als bei grossen Publikumsgesellschaften, Grossgenossenschaften etc., wo dies kaum je gerechtfertigt ist[75].

50 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bewirkt die Vertretung öffentlicher Interessen aufgrund eines Amtes kein entsprechendes privates Interesse dieser Person. Die Kritik an dieser Praxis bezieht sich hauptsächlich auf Fälle der Doppelvertretung, in denen das Behördemitglied gleichzeitig als Mitglied eines Organs einer juristischen Person in der Angelegenheit mitwirkt[76]. Neben einer zusätzlichen Interessenbindung des Behördemitglieds besteht hier auch eine Vorbefassung. Die Gefahr einer Beeinflussung des Entscheids liegt viel

---

68 Vgl. Schindler, S. 106 ff.

69 Vgl. die Hinweise bei Schindler, S. 97 und 99, Fn. 501-502 und 514.

70 Schindler, S. 99 f.

71 Schindler, S. 99.

72 Vgl. hinten Rz. 52.

73 Schindler, S. 118 ff.

74 Schindler, S. 114 ff.

75 Schindler, S. 118 ff.

76 Vgl. vorne Rz. 19 f.

näher als in Fällen, in denen nur eine dem Behördemitglied nahestehende Person aufgrund eines von ihr ausgeübten öffentlichen Amtes eine andere juristische Person – meist öffentlichen Rechts – vertritt. Eine generelle Annahme, das von ihr wahrgenommene Interesse bilde gleichzeitig ein eigenes Interesse der nahestehenden Person, wäre aufgrund der herrschenden Lehre und Praxis nicht gerechtfertigt. Sie mag allenfalls in Einzelfällen in Betracht kommen, wenn die vertretenen Interessen relativ partikulärer Natur sind und die dem Behördemitglied nahestehende Person eine sehr enge persönliche Bindung daran hat oder ihre persönlichen, z.B. wirtschaftlichen Interessen erheblich betroffen sind. Die Vertretung anderer Gebietskörperschaften dürfte hierfür allerdings kaum je ausreichen.

51 Verlangt ist zudem ein Sonderinteresse der entsprechenden Person, das deutlich über die Interessen der Allgemeinheit oder einer unbestimmten Personenmehrheit hinausgeht[77]. Ein solches liegt insbesondere dann nicht vor, wenn ein grösserer Personenkreis von einer Entscheidung in gleicher oder ähnlicher Weise betroffen ist, was in der Regel für die Rechtsetzung, aber auch für Entscheide öffentliche Leistungen, Einrichtungen und Werke zutrifft.

(3) Qualifizierte Beziehung: Vertretungsverhältnis

52 § 11 Ziff. 1 GO RR nennt bestimmte Vertretungsverhältnisse, die ein Mitglied des Regierungsrats selbst ausübt, als Ausstandsgrund (vgl. vorne Rz. 45). Die „Sache einer Person" bzw. deren Interesse bildet dabei nicht gleichzeitig eine „eigene Sache" bzw. ein „unmittelbares Interesse" des Ratsmitglieds. Ziff. 2 nennt als Ausstandsgrund nur das Interesse einer mit dem Ratsmitglied nahe verbundenen Person, nicht aber Vertretungen, die durch diese nahe verbundenen Personen ausgeübt werden. Dieser Unterschied zwischen Ziff. 1 und 2 kann nicht als zufällig angesehen werden, sondern stellt ein qualifiziertes Schweigen dar. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass grundsätzlich keine Ausstandspflicht besteht, wenn eine solche Person, z.B. die Ehegattin, vor dem Regierungsrat eine andere Person vertritt. Es ist jedoch denkbar, dass ein bestimmtes Vertretungsverhältnis, namentlich bezüglich juristischer Personen des Privatrechts, gleichzeitig ein eigenes Interesse der Vertreterin bzw. des Vertreters anzeigt[78].

53 Eine qualifizierte Beziehung zu einer Person, die eine Ausstandspflicht bewirkt, kann sich nach § 11 Ziff. 1 GO RR durch die Vertretung einer anderen Person, durch Vormundschaft, Beistandschaft oder Pflegevaterschaft ergeben. Der Begriff der „Vertretung" ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen. Er umfasst insbesondere die Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR, alle Arten von Organstellungen für juristische Personen sowie Prokura und andere

---

77 Schindler, S. 99.

78 Vgl. vorne Rz. 49 f.

(kaufmännische) Handlungsvollmachten i.S.v. Art. 498 ff. OR. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Stellvertretung grundsätzlich um eine einmalige oder gelegentliche Vertretung handelt, während die anderen, auch die familienrechtlichen Institute Dauerrechtsverhältnisse für eine unbestimmte Vielzahl von Handlungen darstellen. Bereits ihr Bestehen stellt daher einen Ausstandsgrund dar, ein Tätigwerden im Einzelfall ist nicht notwendig[79]. Eine einmalige Vertretung soll dagegen nicht auf unbeschränkte Zeit eine Ausstandspflicht bewirken[80].

54 Hierbei ist zu beachten, dass den Mitgliedern des Regierungsrats solche Tätigkeiten aufgrund von § 3 GRR grossenteils untersagt sind. Vor dem Entscheid über den Ausstand und der weiteren Behandlung des Geschäfts ist diesem Verbot Nachachtung zu verschaffen[81]. Auch wenn das Mitglied, das in unerlaubter Weise eine Partei vertreten hat, dieses Mandat niederlegt, ist es in dieser Sache nachfolgend allerdings nicht unparteiisch und hat in den Ausstand zu treten. Über den Wortlaut von § 11 Ziff. 1 GO RR hinaus muss in solchen Fällen nicht nur ein bestehendes, sondern auch ein beendetes Vertretungsverhältnis in der entsprechenden Angelegenheit massgebend sein[82].

55 Zu prüfen ist aber, ob unter § 11 Ziff. 1 GO RR auch juristische Personen namentlich des öffentlichen Rechts fallen, bei denen ein Mitglied des Regierungsrats von Amtes wegen einem vertretungsberechtigten Organ angehört. Dies ist nach dem Wortlaut der Bestimmung zu bejahen, da Organstellungen und andere Formen dauernder Vertretung grundsätzlich einbezogen werden müssen und die Bestimmung primär auf den entsprechenden Zustand, d.h. das Bestehen des Rechtsverhältnisses abstellt und nicht auf das konkrete Auftreten im Einzelfall[83]. Ob dies dem Willen des Gesetzgebers[84] entsprach, scheint allerdings fraglich. Die Mitglieder vertreten in diesen Organisationen ebenfalls öffentliche Interessen. Auch heute noch ist die Praxis bezüglich solcher Doppelmandate grosszügig[85]. Ob Regierungsratsmitglieder, die von Amtes wegen einem vertretungsberechtigten Organ (v.a. Verwaltungsrat) einer privat- oder öffentlichrechtlichen juristischen Person angehören, bei Geschäften, an denen diese Person als Partei oder anderweitig ein besonderes Interesse hat, in den Ausstand zu treten haben, ist aufgrund von § 11 Ziff. 1 GO RR daher unklar.

---

79 Vgl. Schefer/Müller, S. 940: Institutionelle Kontakte, die besonders eng oder von Dauer sind; Schindler, S. 107.

80 Schindler, S. 107.

81 Vgl. vorne Rz. 38.

82 Schindler, S. 108.

83 „deren Vertreter ... ist, ...".

84 Es handelt sich bei der GO RR um einen Kantonsratsbeschluss, bei dem das Referendum vermutlich ausgeschlossen war.

85 Vgl. vorne Rz. 19 f.

56 Die weiteren in Ziff. 1 aufgeführten Tatbestände, die auf (noch) bestehende Institute des Familienrechts Bezug nehmen, nämlich die Pflegeelternschaft i.S.v. Art. 294 und 300 ZGB, die Vormundschaft i.S.v. Art. 360 ff. ZGB und die Beistandschaft i.S.v. Art. 392 ff. ZGB, haben eingeschränktere Bedeutung. Solche familienrechtliche Ämter werden durch § 3 GRR nicht erfasst und dürfen daher durch Regierungsratsmitglieder ausgeübt werden. Die auf den 1. Januar 2013 in Kraft tretende Revision des Zivilgesetzbuchs wird jedoch eine erhebliche Veränderung der Begrifflichkeit mit sich bringen[86].

(4) Qualifizierte familienrechtliche Beziehung

57 § 11 Ziff. 2 GO RR nennt die familienrechtlichen Beziehungen, die eine Ausstandspflicht bewirken. Die Begrifflichkeit erscheint im Allgemeinen klar, weshalb nur wenige Ausführungen darüber zu machen sind. Blutsverwandtschaft ist nur bis zum zweiten Grad relevant, was vergleichsweise eng ist. Dabei wird davon auszugehen sein, dass auch im Verhältnis zu Geschwistern in Ausstandsgrund vorliegt, d.h. im zweiten Grad, aber in sowohl auf- als auch absteigender Linie. Im Übrigen erscheinen die aufgeführten familiären Beziehungen klar, abgesehen vom gleich nachfolgend erörterten Fehlen der Ehe.

(5) Keine Erwähnung der Ehe im Besonderen

58 Die geltende Fassung von § 11 Ziff. 2 GO RR wurde durch Ziff. I PartG vom 29. März 2007 eingefügt und rückwirkend per 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt. Es handelte sich dabei um einen Mantelerlass, durch den ausschliesslich Bestimmungen anderer Erlasse geändert wurden und der deshalb nicht in die systematische Rechtssammlung (BGS) aufgenommen wurde.

59 Im Antrag Nr. 24 der Staatskanzlei an den Regierungsrat vom 25. April 2012 wird zu Recht darauf hingewiesen, dass in Abs. 2 der geltenden Fassung die Ehe mit einer am Geschäft interessierten Person nicht als Ausstandsgrund genannt wird. In seinem Bericht vom 9. Mai 2006 an den Kantonsrat zum Partnerschaftsgesetz erläuterte der Regierungsrat die einzelnen Bestimmungen nicht. Aus dem gleichzeitigen Antrag kann allerdings der Schluss gezogen werden, dass bereits in der früheren Fassung von § 11 Ziff. 2 GO RR die Ehe nicht als Ausstandsgrund genannt wurde und sich die am Gesetzgebungsprozess beteiligten Personen dessen wahrscheinlich nicht bewusst waren. Im Antrag werden jeweils diejenigen Stellen der zu ändernden Bestimmungen wörtlich zitiert, in welche Ergänzungen eingefügt wurden, wobei Auslassungen durch „…" bezeichnet und die Einfügungen unterstrichen wurden. In den meisten der geänderten Bestimmungen waren bereits entsprechende Begriffe wie

---

86 Vgl. die Revisionsvorlage in BBl 2009 141 ff., die den heutigen Titel der Dritten Abteilung „Die Vormundschaft" durch „Der Erwachsenenschutz" ersetzt.

„Ehe", „Ehepartner", „Verheiratete" etc. enthalten, für § 11 Ziff. 2 alt GO RR wird hingegen nichts Derartiges angeführt, aber eine Auslassung bezeichnet, weshalb das Fehlen unbemerkt bleiben konnte. Demnach ist davon auszugehen, dass ein Versehen des Gesetzgebers vorliegt und die Ehe mit einer am Geschäft interessierten Person einen Ausstandsgrund darstellt. Dafür sprechen vor allem auch die weiteren Ausstandsgründe der Stiefvater- und -kindschaft, Schwiegervater- und -kindschaft sowie Schwagerschaft, die alle die Ehe einer blutsverwandten Person und/oder des Regierungsmitglieds selbst voraussetzen. Es würde einen untragbaren inneren Widerspruch hierzu darstellen, im Verhältnis zum Ehepartner selbst keinen Ausstandsgrund anzunehmen. Eine solche Ausnahme für die engste persönliche Beziehung kann sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen und wäre deshalb willkürlich[87].

(6) Kein Ausstand aufgrund von Bürgerrecht oder Wohnsitz

60 Diese Bestimmung dient hauptsächlich der Klarstellung und ist nur als unechter Vorbehalt im Verhältnis zu § 11 GO RR zu betrachten. Allein der Umstand, dass ein Mitglied des Regierungsrats in einer bestimmten Gemeinde wohnt oder deren Bürgerrecht hat, würde kein „unmittelbares Interesse" in einem bestimmten Geschäft begründen. Das Mitglied wäre vom entsprechenden Entscheid nicht in besonderer Weise betroffen, sondern gleich wie in der Regel mehrere Tausend andere Personen, welche diese Eigenschaft mit ihm teilen.

61 Würde man aus dem Bürgerrecht oder mehr noch dem Wohnsitz einen Ausstandsgrund ableiten, so könnte dies vor allem bei Geschäften mit regionalpolitischer Bedeutung – wie vorliegend die Standortplanung für die Mittelschulen – die Funktionsfähigkeit der Behörde an sich gefährden, da die meisten oder gar alle Mitglieder in den Ausstand zu treten hätten.

(7) Fehlen eines subsidiären Ausstandsgrundes

62 Im Vergleich zu anderen Ausstandsregelungen fällt auf, dass ein Auffangtatbestand fehlt, wie er z.B. in Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG besteht[88] und im Entwurf vorgesehen ist[89]. Ein Ausstandsgrund muss daher immer aus einer Betroffenheit bzw. einem Interesse des Mitglied selbst oder einer ihr qualifiziert nahestehenden Person abgeleitet werden. Dieser Umstand legt unter Umständen eine relativ weite Auslegung des Begriffs „unmittelbares Interesse" nahe.

---

87 Rhinow/Schefer, Rz. 1977.

88 „Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, treten in den Ausstand, wenn sie: d. aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten.

89 Vgl. unten Rz. 64 Ziff. 4.

cb) Fassung gemäss Entwurf GO RR

63 Im Antrag der Staatskanzlei Nr. 24 vom 25. April 2012 wird auf einen Entwurf II für eine Teilrevision der Geschäftsordnung verwiesen, der mit § 8 Abs. 1 eine neue Regelung des Ausstands enthält:

§ 8 Ausstand

[1] Ratsmitglieder treten bei Geschäften des Regierungsrates und der von ihnen geleiteten Direktion in den Ausstand,

1. wenn sie an der Sache ein unmittelbares persönliches Interesse haben;
2. wenn sie mit einer Person, die an der Sache ein unmittelbares persönliches Interesse hat, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden sind;
3. wenn Entscheide der von ihnen geleiteten Direktion vor dem Regierungsrat angefochten werden.
4. wenn sie aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten.

64 Im Vergleich zur geltenden Regelung fallen hauptsächlich folgende Unterschiede auf:

1. Die Ehe und faktische Lebensgemeinschaft werden neu als Formen qualifizierter Beziehung zur Person aufgeführt, die in der Sache ein unmittelbares Interesse hat, hingegen nicht mehr die heute genannten Vertretungsverhältnisse. Ein Grund hierfür könnte sein, dass § 3 GRR die Vertretung Dritter in den meisten Fällen untersagt. Jedoch bestehen namentlich im Bereich von Familie sowie Bekannten- und Freundeskreis durchaus entsprechende Möglichkeiten.

2. Vorausgesetzt wird ein „unmittelbares Interesse", ohne zusätzliche Qualifikationen wie „persönlich", „wirtschaftlich" u.ä.

3. Die Mitglieder befinden nicht mit über Entscheide ihrer eigenen Direktionen.

4. Ziff. 4 enthält mit „andere Gründe" einen Auffangtatbestand, wie er sich ähnlich in vielen anderen Ausstandsregelungen findet.

65 Die Ausstandsgründe sind (wie bisher) von Amtes wegen zu beachten, stellen also Ausschluss- und nicht nur Ablehnungsgründe dar[90]. Nicht zulässig ist der Ausstand des Regierungsrats als Kollegium. Es sollen Ausstandsgründe des Bundes und des Kantons Zürich übernommen werden[91]. Erwogen wird weiter, ob weiterhin ein „unmittelbares" oder nur noch ein „persönliches Interesse" verlangt werden soll, und die heutige Formulierung beibehalten werden[92]. Hierbei handelt es sich um eine sehr wichtige Frage, die auch im vorliegenden Fall von Bedeutung ist.

66 Ein Ausstand soll nicht nur bei Parteistellung nahestehender Personen bestehen, sondern ebenfalls weitergehend bei einem unmittelbaren persönlichen Interesse. Die Verwandtschaftsbezeichnungen werden dem Zivilgesetzbuch entnommen. Erwogen wird weiter, ob anstelle des Ausstandsgrundes der nahestehenden Personen die Regelung von § 20 Abs. 1 KV übernommen werden soll[93].

67 Zu diesen Revisionsvorschlägen wird später Stellung genommen[94].

d) Verwaltungsrechtspflegegesetz

68 Gemäss § 1 Abs. 1 VRPG regelt das Gesetz das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und den Rechtsschutz in Verwaltungsstreitigkeiten. Ihm unterstellt sind nach § 2 Abs. 1 die Verwaltungsbehörden des Kantons und der Gemeinden sowie das kantonale Verwaltungsgericht. § 8 VRPG verweist für den Ausstand der gemeindlichen Behörden auf das Gemeindegesetz, für die kantonalen Behörden auf jene der Geschäftsordnung des Regierungsrats. § 9 VRPG enthält nur für die Richter und Gerichtsschreiber des Verwaltungsgerichts eine eigene Ausstandsregelung. Mit „kantonale Behörden" sind in § 8 VRPG demnach alle kantonalen Verwaltungsbehörden gemeint.

e) Gemeindegesetz

69 Vor allem der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der Ausstand in den Gemeinden durch § 10 GG gesondert geregelt wird. Ausstandsgründe sind namentlich persönliche Rechte oder Interessen[95], Rechte oder Interessen des in § 20 KV umschriebenen Personen-

---

90 Bericht GO RR, S. 13; vgl. hinten Rz. 78.

91 Bericht GO RR, S. 13.

92 Bericht GO RR, S. 14 f.

93 Bericht GO RR, S. 16.

94 Vgl. hinten Rz. 119 ff.

95 § 10 Abs. 1 lit. a GG.

kreises[96] sowie Rechte oder Interessen juristischer Personen oder wirtschaftlicher Unternehmungen, an denen sie massgeblich beteiligt oder deren Organ sie sind[97]. Ausstandspflichtig sind auch die Vertreter der vorgenannten Personen[98]. Der Ausstand im Grossen Gemeinderat schliesslich wird durch die Gemeindeordnung geregelt[99].

f) Personalgesetz

70 Systematisch etwas fragwürdig bestimmt auch § 36 PG, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter seien verpflichtet in den Ausstand zu treten, wenn sie in einer Angelegenheit ein persönliches Interesse haben. Zudem besteht eine Diskrepanz zur Geschäftsordnung, die ein „unmittelbares" persönliches Interesse verlangt. Es ist unklar, in welchem Verhältnis diese Bestimmung zu § 8 VRPG und §§ 11 f. GO RR steht.

3. Vergleich mit Regelungen des Bundes und anderer Kantone

a) Allgemeines

71 Ausdrücklich gewünscht sind Ausführungen zur Rechtslage im Bund und anderen Kantonen und zu „Mindest- und Höchststandards von Ausstandsbestimmungen". Diese Untersuchung soll jedoch, um Wiederholungen zu vermeiden, beschränkt erfolgen. Beigezogen werden neben dem Bund die Regelungen der benachbarten Kantone, wobei die Praxis dazu nicht berücksichtigt werden kann.

b) Bund

72 Für den Ausstand der Mitglieder des Bundesrates gelten zwei unterschiedliche Regelungen: Grundsätzliche Norm ist Art. 20 Abs. 1 RVOG, wonach die Mitglieder und die in Art. 18 RVOG genannten Personen[100] in den Ausstand treten, wenn sie an einem Geschäft ein unmittelbares persönliches Interesse haben. Diese enge Umschreibung erscheint allerdings problematisch. E contrario besteht keine Ausstandspflicht, wenn eng nahestehende Personen ein unmittelbares persönliches Interesse haben.

---

96 § 10 Abs. 1 lit. b GG; der Verweis bezieht sich auf die Norm, welche die Unvereinbarkeiten zwischen richterlichen und verwaltenden Behörden regelt.

97 § 10 Abs. 1 lit. c GG.

98 § 10 Abs. 2 GG.

99 § 10 Abs. 3 GG; betroffen ist nur die Stadt Zug.

100 Neben den Mitgliedern die Bundeskanzlerin und der Vizekanzler.

73 Hat der Bundesrat Verfügungen zu treffen oder über Beschwerden zu entscheiden, so gelten die Ausstandsbestimmungen von Art. 10 VwVG, die in weiterem Umfang eine Ausstandspflicht vorsehen:

- Ebenfalls bei persönlichem Interesse in der Sache (Abs. 1 lit. a);
- Bei Verbundenheit mit einer Partei durch Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktischer Lebensgemeinschaft (Abs. 1 lit. b);
- Bei Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie (Abs. 1 lit. b^{bis});
- Bei Vertretung einer Partei, aktuell oder früher in der gleichen Angelegenheit (Abs. 1 lit. c);
- Wenn sie aus anderen Gründen befangen sein könnten (Abs. 1 lit. d).

74 Es wird also differenziert, ob ein Entscheid des VwVG bzw. von Art. 29 Abs. 1 BV zu treffen ist. Geht es um ein anderes Geschäft, d.h. insbesondere einen Regierungsakt oder einen Entscheid in einem Rechtsetzungsverfahren[101], sind die Anforderungen herabgesetzt.

c) Kanton Luzern

75 Für sämtliche Behörden regelt § 14 VRG LU den Ausstand ausführlich. Die Pflicht bezieht sich dabei auf die Mitwirkung an einem Entscheid i.S.v. § 4 VRG LU, worunter erstinstanzliche Verfügungen und Rechtsmittelentscheide fallen. Wer einen Entscheid fällen oder instruieren soll, befindet sich demnach im Ausstand, wenn er Partei ist oder an der Sache sonstwie ein eigenes Interesse hat[102], wenn der Ehegatte, eingetragene Partner oder Verlobte[103], Blutsverwandte in der geraden Linie, Stiefelter oder Stiefkinder, eingetragene Partner der Eltern oder Kinder des eingetragenen Partners, Schwiegersöhne oder -töchter[104], Blutsverwandte in der Seitenlinie oder Verschwägerte in der Seitenlinie bis zum Grad der Geschwisterkinder[105], Ehegatten oder eingetragene Partner von Geschwistern des eigenen Ehegatten

---

101 Vgl. dazu vorne Rz. 10 ff.

102 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. a.

103 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. b Ziff. 1.

104 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. b Ziff. 2.

105 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. b Ziff. 3.

oder des eigenen eingetragenen Partners[106], Adoptiveltern oder –kinder, Pflegeeltern oder –kinder[107] Partei sind, weiter wenn die Person Gesellschafter einer als Partei beteiligten Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft ist oder dem Verwaltungs- oder Kontrollorgan einer als Partei beteiligten juristischen Person des Privatrechts angehört[108], wenn die Person in einer Vorinstanz in der gleichen Sache entschieden hat, wobei bei den Verhandlungen des Regierungsrats der betroffene Departementsvorsteher beratende Stimme hat[109], wenn die Person Vertreter, Geschäftsführer oder Bevollmächtigter einer Partei ist oder für die Partei in der gleichen Sache als Anwalt, Gutachter oder Berater gehandelt hat[110], wenn der Ehegatte, eingetragene Partner oder Verlobte, Blutsverwandte in gerader Linie, Stiefeltern oder –kinder, eingetragene Partner der Eltern oder Kinder des eingetragenen Partners, Schwiegereltern, Eltern eingetragener Partner, Schwiegersöhne oder –töchter oder Geschwister Parteivertreter sind[111] oder wenn die Person aus einem anderen Grund als befangen erscheint[112]. Weiter bleibt der auf Ehe oder eingetragener Partnerschaft beruhende Ausstandsgrund nach der Auflösung weiter bestehen[113]. Die Ausstandsgründe gelten grundsätzlich auch für Gerichtsschreiber, jedoch können die Parteien auf ihren Ausstand verzichten[114].

76 Eine eigenständige Umschreibung der Ausstandsgründe für den Regierungsrat besteht nicht. § 5 GO RR LU legt nur den genauen Umfang des Ausstands und die Stellvertretung fest.

d) Kanton Schwyz

77 Gemäss § 4 VO VRP SZ gelten die Bestimmungen über den Ausstand (und weitere Verfahrensbestimmungen) des kantonalen Prozessrechts in der Justizverordnung sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und den selbständigen Rekursbehörden.

---

106 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. b Ziff. 4.

107 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. b Ziff. 5.

108 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. c.

109 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. d.

110 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. e.

111 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. f.

112 § 14 VRG LU Abs. 1 lit. g.

113 § 14 VRG LU Abs. 2.

114 § 14 VRG LU Abs. 3.

78 §§ 132-139 JV SZ[115] regeln den Ausstand ausführlich, wobei § 132 zwingend zu beachtende Ausstandsgründe, § 133 blosse Ablehnungsgründe und die weiteren Bestimmungen Verfahrensregelungen enthalten. Der Kanton Schwyz ist damit der einzige unter den Nachbarkantonen, der noch die Unterscheidung zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen kennt[116].

79 Nach § 132 sind Behördenmitglieder von der Ausübung ihres Amts ausgeschlossen, in eigener Sache und in Sachen von Personen, mit denen sie verheiratet oder verlobt sind, in eingetragener Partnerschaft oder faktischer Lebensgemeinschaft leben, ihrer Bluts- und Adoptivverwandten oder Verschwägerten in gerader Linie und bis zum 4. Grad der Seitenlinie, ferner, wenn sie oder eine dieser Personen mit einer Rückgriffklage zu rechnen haben[117], in Sachen ihres Mündels oder Pflegekindes[118], in Sachen ihres Verbeiständeten[119], in Sachen einer juristischen Person, deren Verwaltung sie angehören[120], bei verschiedenen Formen der Vorbefassung[121], bei Vorteilsannahme[122] und wenn ein Parteivertreter in der gleichen Rechtsanwaltspraxis arbeitet[123].

80 Aufgrund von § 133 JV SZ können Personen abgelehnt werden oder selbst ihren Ausstand verlangen in Sachen einer juristischen Person, deren Mitglied sie sind, ausser es handle sich um den Kanton, ein anderes Gemeinwesen oder eine Allmeindkorporation[124], wenn sie Rat gegeben, Gutachten erstattet, als Zeuge gehandelt oder noch zu handeln haben[125], wenn zwischen ihnen und einer Partei Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängig-

---

115 § 132 JV SZ regelt gemäss Wortlaut den Ausstand von Richtern, Gerichtsschreibern und Kanzleipersonal, obwohl § 90 Abs. 1 JV SZ richtig auf die Schweizerischen Prozessordnungen verweist und nur (noch) für die Verwaltungsrechtspflege auf §§ 132 ff. JV SZ.

116 Diese Unterscheidung ist bzw. war hauptsächlich im Zivilprozessrecht üblich, hingegen kennen die meisten Verwaltungsprozessrechtsregelungen nur Ausschlussgründe, vgl. Schindler, S. 57 f.; die Schweizerische Zivilprozessordnung kennt diesen Unterschied nicht mehr, vgl. Art. 47 ff. ZPO.

117 § 132 lit. a JV SZ.

118 § 132 lit. b JV SZ.

119 § 132 lit. c JV SZ.

120 § 132 lit. d JV SZ.

121 § 132 lit. e JV SZ; die Definition ist relativ weit.

122 § 132 lit. f JV SZ.

123 § 132 lit. g JV SZ; diese Bestimmung ist auf nebenamtliche Richter zugeschnitten und passt kaum mehr auf den verbliebenen Anwendungsbereich. Dies bestätigt, dass die Revision der Verordnung von 2009 zumindest teilweise misslungen ist.

124 § 133 lit. a JV SZ.

125 § 133 lit. b JV SZ.

keitsverhältnis besteht[126] und schliesslich, wenn andere Gründe vorliegen, die sie als befangen erscheinen lassen[127].

81 Gemäss § 7 Abs. 1 GO RR SZ nehmen die Mitglieder des Regierungsrats oder der Staatsschreiber an der Vorbereitung, Beratung und Beschlussfassung nicht teil, wenn sie in den Ausstand treten. Über das Ausstandsbegehren entscheidet nach Abs. 2 der Regierungsrat in Abwesenheit des Betroffenen.

e) Kanton Zürich

82 Gemäss Art. 43 KV ZH tritt bei Geschäften, die sie oder ihn unmittelbar betreffen, in den Ausstand, wer öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Ausgenommen ist die Rechtsetzung im Parlament. Das Gesetz kann weitere Ausstandsgründe festlegen. Diese Bestimmung dürfte gegenüber § 5a VRG einen eigenständigen, darüber hinausgehenden Anwendungsbereich haben, da sich die Pflicht auf „Geschäfte" und nicht nur auf Anordnungen bezieht.

83 Die wichtigsten weiteren Ausstandsbestimmungen enthält das Verwaltungsrechtspflegegesetz. Nach § 5a VRG ZH haben Personen, die eine Anordnung (=Verfügung) zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzubereiten haben, in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache persönliche befangen scheinen, insbesondere in der Sache ein persönliches Interesse haben[128], mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung, eingetragene Partnerschaft, faktische Lebensgemeinschaft oder Kindesannahme verbunden sind[129], Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren[130]. Diese Bestimmung entspricht fast vollumfänglich Art. 10 VwVG und wurde durch die Revision von 1997 ins Gesetz eingefügt.

84 § 18 Abs. 1 OG RR bestimmt zusätzlich, dass die Mitglieder des Regierungsrats sowie der Staatsschreiber oder die Staatsschreiberin bei der Beratung und Beschlussfassung in den Ausstand treten, wenn Anordnungen der von ihnen geleiteten Direktionen, der Staatskanzlei oder von Gremien, in denen sie Einsitz haben, vor dem Regierungsrat angefochten werden. Abs. 2 verweist im Übrigen auf das Verwaltungsrechtspflegegesetz.

---

126 § 133 lit. c JV SZ.

127 § 133 lit. d JV SZ.

128 § 5a Abs. 1 lit. a VRG ZH.

129 § 5a Abs. 1 lit. b VRG ZH.

130 § 5a Abs. 1 lit. c VRG ZH.

f) Kanton Aargau

85 Auch im Kanton Aargau findet sich eine erste grundlegende Ausstandsnorm bereits auf Verfassungsstufe. Nach § 69 Abs. 5 KV AG haben sich Mitglieder von Behörden und Beamte bei Geschäften, die sie unmittelbar betreffen, in den Ausstand zu begeben[131]. Für den Ausstand im Regierungsrat verweist § 19 Abs. 1 OG AG auf das Verwaltungsrechtspflegegesetz und bestimmt in Abs. 2, die Mitglieder hätten sich bei der Behandlung von Angelegenheiten von juristischen Personen, deren Verwaltungsrat sie von Amtes wegen angehören, nicht in den Ausstand zu begeben.

86 Wichtigste Ausstandsbestimmung ist § 16 VRPG AG. Am Erlass von Entscheiden darf nicht mitwirken, wer in der Sache ein persönliches Interesse hat[132], mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt, verschwägert oder durch Ehe, eingetragene Partnerschaft, Verlobung oder Kinderannahme verbunden ist[133], eine Partei vertritt oder für sie in der gleichen Sache tätig war[134], Mitglied, Mitarbeiterin oder Mitarbeiter der Behörde ist, deren Entscheid angefochten ist oder die mittels verbindlicher Weisung oder Teilentscheid am angefochtenen Entscheid beteiligt war[135] oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnte[136]. § 16 Abs. 2 VRPG AG wiederholt die Regelung von § 19 Abs. 2 OG AG. Abs. 3 bestimmt, Beratung im Rahmen der amtlichen Pflichten sei in der Regel kein Ausstandsgrund[137].

g) Würdigung

87 Beim Vergleich der Ausstandsregelungen fällt einmal auf, dass sich immer wieder gleiche oder sehr ähnliche Formulierungen in den verschiedenen Erlassen finden. Dieser Befund ist weder erstaunlich noch bildet er Anlass zu Kritik: Der Regelungsbedarf besteht im Bund und allen Kantonen grundsätzlich in gleicher Weise. Aus sachlogischen Gründen muss immer wieder an dieselben Kriterien angeknüpft werden. Die festgestellten Unterschiede dürften weniger Ausdruck kantonaler, kultureller oder anderer Besonderheiten darstellen als eher durch die Entstehungszeit der Erlasse oder durch Zufall entstanden sein.

---

131 Ähnlich wie im Kanton Zürich ist der Anwendungsbereich der Verfassungsbestimmung weiter (vgl. vorne Rz. 82).

132 § 16 Abs. 1 lit. a VRPG AG.

133 § 16 Abs. 1 lit. b VRPG AG.

134 § 16 Abs. 1 lit. c VRPG AG.

135 § 16 Abs. 1 lit. d VRPG AG.

136 § 16 Abs. 1 lit. e VRPG AG.

137 Diese Bestimmung .

88 Auffällig ist weiter die sehr eingehende und kasuistische Regelung des Kantons Luzern, die u.E. aber eher ein schlechtes Vorbild darstellt. Sie geht auch inhaltlich weit, etwa beim Ausstandsgrund der Parteivertretung durch nahestehende Personen. Die Unterscheidung zwischen Ausstands- und Ablehnungsgründen im Kanton Schwyz stellt ein Relikt des früheren Zivilprozessrechts dar und sollte nicht übernommen werden. Vorschläge für künftige gesetzliche Regelungen werden nachfolgend gemacht[138].

89 Den „Mainstream" verkörpern wohl die Regelungen des Bundes und der Kantone Zürich und Aargau, die sich auch untereinander auffallend ähnlich sind. Sie können als grundsätzlich bewährt gelten. Es erscheint daher zweckmässig, sich daran zu orientieren. Dabei fällt auf, dass die Regelungen hauptsächlich die Verfahren betreffen. Für die Regierung ausserhalb der Verfahren geltende Ausstandsbestimmungen sind dagegen nur teilweise anzutreffen. Die entsprechenden Bestimmungen im Bund und im Kanton Zürich beziehen sich nur auf eigene Angelegenheiten der Mitglieder selbst und sind damit deutlich enger als die verwaltungsprozessualen Ausstandsnormen, was problematisch ist.

B. Zum Ausstand von Regierungsrat Urs Hürlimann

1. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV

a) Geltungsbereich

90 Der Regierungsrat des Kantons Zug übt in erheblichem Umfang Kompetenzen im Rahmen erstinstanzlicher oder Rechtsmittelverfahren aus. So gehen grundsätzlich alle kantonalen Entscheide vom Regierungsrat als Kollektiv aus[139], wobei eine andere gesetzliche Aufgabenzuteilung und die Kompetenzdelegation vorbehalten bleiben.

91 Entscheide der Gemeinderäte, der Grossen Gemeinderäte und der Gemeindeversammlungen können mit Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat angefochten werden[140], ebenso Entscheide unterer kantonaler Verwaltungsbehörden in näher festgelegtem Umfang[141].

---

138 Vgl. unten Rz. 119 ff.

139 § 2 Abs. 3 OG; der Begriff des „Entscheids" dürfte sich allerdings nicht nur auf erstinstanzliche Verfügungen beziehen, sondern weiter gefasst sein. Gemäss § 6 Abs. 1 OG ist der Regierungsrat befugt, seine Entscheidungsbefugnisse in Verwaltungsangelegenheiten (wozu insbesondere der Erlass von Verfügungen zählt) in einzelnen, genau bezeichneten Bereichen an die Direktionen und die Staatskanzlei zu delegieren. Ausgeschlossen ist die Delegation der verwaltungsinternen Rechtsprechung.

140 § 40 Abs. 1 VRPG.

92 In diesem Umfang ist Art. 29 Abs. 1 BV anwendbar und gelten die daraus abgeleiteten Grundsätze über den Ausstand.

b) Kategorienbildung

93 Im Auftrag gewünscht wird eine Kategorienbildung. Nun können im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht losgelöst von der konkreten Fragestellung sämtliche möglichen Ausstandskonstellationen untersucht werden. Vorliegend werden daher diejenigen Fälle aufgegriffen, die sich ergeben können, wenn einander sehr nahestehende Personen Mitglieder einer Gemeindebehörde einerseits, einer kantonalen Behörde anderseits sind.

c) In Angelegenheiten, in denen sich die Ehefrau öffentlich geäussert hat

94 An den Anfang der Betrachtung gestellt wird der konkrete Fall, der zur Erstellung des vorliegenden Gutachtens geführt hat.

95 Die Ehefrau von Regierungsrat Hürlimann ist nach Medienberichten in der Öffentlichkeit als Verfechterin eines zusätzlichen Mittelschulstandorts in einer Ennetsee-Gemeinde aufgetreten[142]. Sie hat damit aber nicht eine eigene Sache vertreten, da sie weder Partei in einem entsprechenden Verfahren ist noch durch den einen Standortentscheid in besonderer Weise betroffen wäre, sondern in gleicher Weise wie alle Einwohner der Region Ennetsee oder sogar wie alle Kantonseinwohner.

96 Frau Hürlimann hat sich erkennbar als Gemeindepräsidentin von Hünenberg geäussert und damit ein öffentliches Interesse ihrer Gemeinde und der Region vertreten. Nach der einhelligen Lehre und Praxis machen aber solche Positionsbezüge die entsprechende Angelegenheit nicht zur eigenen Sache, die ihren Ausstand nötig machen würde. Umso mehr kann daher auch für ihren Ehemann keine entsprechende Pflicht bestehen.

97 Auch unter den Titeln der „Vorbefassung" oder der „öffentlichen Meinungsäusserung" begründen die fraglichen Aussagen keine Ausstandspflicht für Regierungsrat Hürlimann. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung wirken diese Gründe nur für die betreffende Person

---

141 § 40 Abs. 2 VRPG: Entscheide gestützt auf kantonales Recht vorbehältlich abweichender Bestimmungen; § 40 Abs. 3 VRPG: Entscheide gestützt auf Bundesrecht beim Regierungsrat oder der zuständigen Direktion, soweit die Gesetzgebung dies ausdrücklich vorsieht.

142 Vgl. vorne Rz. 2.

selbst, die sich bereits in amtlicher Eigenschaft mit der Angelegenheit befasst oder sich öffentlich dazu geäussert hat, nicht aber für andere, ihre nahestehende Personen[143].

d) In Verfahren gegen Beschlüsse des Gemeinderats Hünenberg

98 Bei Beschlüssen des Gemeinderats Hünenberg ist davon auszugehen, dass sie mit Beschwerde an den Regierungsrat weitergezogen werden können, wenn es sich dabei um Entscheide i.S.v. § 4 und § 40 Abs. 1 VRPG handelt[144]. In diesem Fall ist weiter anzunehmen, dass weder Regula noch Urs Hürlimann in diesem Verfahren persönlich Partei sind. In diesem Fall besteht eine spezifische Ausstandspflicht. Im Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat ist die Einwohnergemeinde wohl meist bereits als anordnendes Gemeinwesen Partei. Soweit überhaupt ein besonderes materielles Interesse der Gemeinde besteht, sie also nicht nur ihrer Pflicht zur Anwendung des geltenden Rechts nachkommt[145], begründet dieses keine eigene Angelegenheit der Gemeindepräsidentin oder gar von Regierungsrat Hürlimann.

e) In Verfahren mit Beteiligung der Einwohnergemeinde Hünenberg als Partei

99 Angelegenheiten, in denen die Einwohnergemeinde Hünenberg Partei ist, sind ebenfalls nicht gleichzeitig persönliche Angelegenheiten ihrer Behördemitglieder[146]. Mit Bezug auf Regierungsrat Hürlimann, der nur in dieser Gemeinde wohnt, ist das erst recht nicht der Fall. Betreffend die Ausstandsgründe der Vorbefassung und der öffentlichen Meinungsäusserung gelten die bereits gemachten Aussagen[147].

2. Gestützt auf § 11 GO RR

a) In Angelegenheiten, in denen sich die Ehefrau öffentlich geäussert hat

100 Auch bei Anwendung von § 11 GO RR gilt, dass ein öffentliche Interessen, die ein Behördemitglied vertritt, nicht gleichzeitig persönliche Interessen begründen. Ein solches könnte hier einerseits dann angenommen werden, wenn Kinder oder allenfalls Enkelkinder des Ehepaars in absehbarer Zukunft eine Kantonsschule besuchen könnten. Hierüber ist nichts

---

143 Vgl. vorne Rz. 25 ff.

144 Als Entscheide gelten nach § 4 VRPG Anordnungen und Feststellungen der dem VRPG unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichts; vgl. auch vorne Rz. 90 ff.

145 Z.B. bei Entscheiden über die Erteilung von Baubewilligungen u.ä.

146 Vgl. vorne Rz. 19 f.

147 Vgl. vorne Rz. 97.

bekannt. Mit Bezug auf eigene Kinder erscheint ein solches unwahrscheinlich. Auf jeden Fall wäre aber auch dieses Interesse kein unmittelbares, da beide nicht anders und nicht stärker betroffen wären als eine grosse Zahl von Einwohnern ihrer Gemeinde bzw. der gesamten Region Ennetsee bzw. im ganzen Kanton[148].

101 Ein unmittelbares persönliches Interesse wäre hingegen v.a. dann anzunehmen, wenn durch einen entsprechenden Beschluss Grundeigentum des Ehepaars Hürlimann direkt betroffen wäre. Ob eine solche Möglichkeit überhaupt besteht, ist sehr fraglich. Von einer entsprechenden Konkretisierung ist man in dieser Angelegenheit auf jeden Fall noch weit entfernt.

102 In solchen Fällen handelt die Gemeindepräsidentin nicht formell als Vertreterin ihrer Gemeinde, sondern äussert sich politisch zu einem Geschäft, ohne dass ihr in ihrer amtlichen Eigenschaft besondere Befugnisse in der Angelegenheit zukämen. Es ist daher hier nicht zu prüfen, ob ein Vertretungsverhältnis eine Ausstandspflicht bewirken kann.

b) In Verfahren gegen Entscheide des Gemeinderats Hünenberg

103 Entscheide des Gemeinderats betreffen nicht unbedingt besondere Interessen der Einwohnergemeinde, sondern ergehen in Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben[149]. Tangiert ist unter Umständen nur das allgemeine und abstrakte Interesse an der richtigen Anwendung und Durchsetzung des geltenden Rechts. Die Interessen der Gemeinde stellen nicht gleichzeitig persönliche Interessen der Gemeindepräsidentin dar. Wären solche tangiert, so dürfte sie nicht am Entscheid mitwirken, sondern müsste in den Ausstand treten.

104 Das kantonale Recht enthält keinen Ausstandsgrund der Vorbefassung. Ein solcher könnte sich nur aus Art. 29 Abs. 1 BV ergeben[150].

105 Jedoch ist die Gemeindepräsidentin Organ bzw. Teil eines Organs der Gemeinde und tritt in dieser Eigenschaft allenfalls im Verfahren vor Regierungsrat als Vertreterin auf. Nach § 11 GO RR sind aber nur solche Vertretungsverhältnisse ein Ausstandsgrund, die ein Regierungsmitglied selbst innehat bzw. wahrnimmt. Die Vertretung Dritter durch nahestehende Personen wird in § 11 Ziff. 2 GO RR nicht als Ausstandsgrund definiert, was als qualifiziertes Schweigen, d.h. bewusster Entscheid gegen eine Ausstandspflicht zu werten ist[151].

---

148 Da die Entscheide betreffend die möglichen Standorte miteinander verknüpft sind.

149 Z.B. beim Entscheid über die Erteilung von Baubewilligungen.

150 Vgl. vorne Rz. 97.

151 Vgl. vorne Rz. 49.

106 Wie vorangehend ausgeführt würde es zu weit führen, aufgrund des Vertretungsverhältnisses generell ein massgebendes eigenes, privates Interesse der Gemeindepräsidentin in der entsprechenden Angelegenheit anzunehmen. Dies wäre insbesondere dann fragwürdig, wenn die Gemeinde mit ihrem Entscheid öffentliche Aufgaben erfüllt hat, ohne selbst über ein spezifisches Interesse in der Sache zu verfügen. Vom Interesse der Gemeinde ist allenfalls die Bevölkerung mittelbar auch betroffen, die aber ca. 9'000 Personen umfasst. Auch über das Kriterium der persönlichen Betroffenheit einer nahestehenden Person ist daher in aller Regel kein Ausstandsgrund für Regierungsrat Hürlimann zu begründen.

c) In Verfahren mit Beteiligung der Einwohnergemeinde Hünenberg als Partei

107 Auch hier gilt, dass die Interessen der Einwohnergemeinde Hünenberg nicht ihrer Präsidentin als persönliche Interessen anzurechnen sind. Erst recht ist kein solches persönliches Interesse von Regierungsrat Hürlimann anzunehmen. Hier würde zudem allein aus dem Wohnsitz eine Ausstandspflicht abgeleitet, was § 12 Abs. 1 GO RR widerspräche.

108 Frau Hürlimann ist auch in diesem Fall Organ bzw. Mitglied eines Organs ihrer Gemeinde und tritt allenfalls als Vertreterin im Verfahren vor Regierungsrat auf. Es kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden[152].

3. Vergleich mit den Ausstandsfällen des früheren Landschreibers und der stellvertretenden Landschreiberin

109 Gemäss dem Auftrag sollen die früheren Ausstandsfälle des früheren Landschreibers Tino Jorio und der stellvertretenden Landschreiberin Renée Spillmann Siegwart berücksichtigt werden. Hierbei können jeweils zwei Aspekte unterschieden werden:

- Wurde in diesen Fällen zu Recht eine Ausstandspflicht angenommen?
- Welche Unterschiede bestehen im Vergleich zum aktuellen Fall?

a) Früherer Landschreiber

110 Die Gattin des früheren Landschreibers Tino Jorio, Ruth Jorio, ist Stiftungsratspräsidentin der Stiftung Maihof in Zug. Der Landschreiber trat bei Geschäften, welche die Stiftung betrafen, jeweils in den Ausstand[153].

---

152 Vgl. Rz. 105 f.

153 Beschreibung gemäss Auszug aus dem Protokoll der Regierungsratssitzung vom 1. Mai 2012, S. 1.

111 Betroffen waren jeweils die Interessen der Stiftung, nicht diejenigen von Frau Jorio persönlich. Ein Fall von § 11 Abs. 2 GO RR lag daher nicht vor. Dass eine Ausstandspflicht gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV bestand, wird ebenfalls eher zu verneinen sein, da keine besonders nahe Beziehung zwischen dem Landschreiber selbst und der Partei bestand. Jedoch ist die Annahme eines solchen Grundes nachvollziehbar, wenn aus Sicht der Beteiligten und evtl. der Öffentlichkeit (auch) eine enge Bindung seiner Gattin an die von ihr präsidierte Stiftung bestand und von daher ein privates Interesse von ihr selbst angenommen werden könnte. Es lag daher ein Grenzfall vor.

112 Ähnlich wie im „Fall Hürlimann" ging es hier um Interessen der Ehefrau des Behördemitgliedes. Während allerdings Frau Hürlimann öffentliche Interessen vertritt, handelt es sich bei denjenigen von Frau Jorio trotz des gemeinnützigen Zwecks der Stiftung um deren private Interessen, von denen zudem eine deutlich geringere Zahl von Personen betroffen ist.

113 Im Vergleich zum Ausstand von Mitgliedern des Regierungsrats bestehen zudem folgende wichtigen Unterschiede: Der Landschreiber wirkt nicht an der eigentlichen Beschlussfassung mit und konnte die Betreuung des Geschäfts ohne weiteres der Stellvertreterin übertragen. Beim Ausstand eines Ratsmitglieds wird hingegen die durch Verfassung, Gesetz und Volkswahl bestimmte Zusammensetzung der Behörde verändert[154].

b) Stellvertretende Landschreiberin

114 Der Ehemann der stellvertretenden Landschreiberin, Marc Siegwart, ist eines von fünf Mitgliedern des Bürgerrats der Bürgergemeinde Zug[155] und ist in dieser Eigenschaft an Entscheiden i.S.v. § 4 und § 40 Abs. 1 VRPG beteiligt, die der Beschwerde an den Regierungsrat unterliegen. In einem Beschwerdeverfahren, an welchem ihr Ehemann kein wie auch immer geartetes persönliches Interesse hatte, ist die stellvertretende Landschreiberin in den Ausstand getreten[156].

115 Ein unmittelbares persönliches Interesse ist auch für Frau Spillmann Siegwart nicht ersichtlich, es liegen zudem keine Hinweise auf ein persönliches Interesse einer ihr anderweitig nahe verbundenen Person vor. § 11 GO RR war daher nicht anwendbar. Eine Ausstandspflicht könnte daher nur aus Art. 29 Abs. 1 BV wegen Vorbefassung abgeleitet werden. Dieser Ausstandsgrund wirkt wie bereits ausgeführt allerdings nur für diejenige Person selbst,

---

154 Vgl. vorne Rz. 32 ff.

155 Internetseite der Bürgergemeinde, http://www.buergergemeinde-zug.ch/?id=3, Register links „Namen/Kontakte"; besucht am 14. Juni 2006.

156 Beschreibung gemäss Antrag Nr. 24 der Staatskanzlei an den Regierungsrat vom 25. April 2012, S. 3.

die sich bereits mit der Angelegenheit befasst hat[157]. Für die stellvertretende Landschreiberin bestand daher in dieser Angelegenheit keine Ausstandspflicht.

116 Im „Fall Hürlimann" liegt ebenfalls eine „Vorbefassung" einer mit dem Behördemitglied eng verbundenen Person vor. Allerdings wirkte und wirkt Frau Hürlimann – soweit ersichtlich – nicht bei Entscheiden über die Mittelschulstandorte mit, sondern hat nur öffentlich ihre Meinung dazu geäussert, vor allem in ihrer Eigenschaft als Gemeindepräsidentin. Die persönliche Betroffenheit mag hier eher etwas grösser sein.

117 Gleich wie im Fall Jorio konnte die stellvertretende Landschreiberin in der entsprechenden Angelegenheit ohne weiteres in den Ausstand treten und die Betreuung des Geschäfts dem Landschreiber überlassen.

118 Da u.E. im „Fall Spillmann Siegwart" klarerweise kein Ausstandsgrund bestand, kann daraus auch kein entsprechender Schluss für den zu prüfenden Fall gezogen werden.

C. Gesetzgeberischer Spielraum und Handlungsbedarf

1. Systematik

119 Der Ausstand der Mitglieder des Regierungsrats und – durch Verweis im Verwaltungsrechtspflegegesetz – aller Angehörigen der kantonalen Verwaltung wird heute in der Geschäftsordnung für den Regierungsrat geregelt, nicht, was systematisch naheliegender wäre, im Verwaltungsrechtspflegegesetz selbst. Die Gründe dürften historischer Natur sein[158].

120 Diese Verknüpfung ist nicht unproblematisch, z.B. weil im Rechtsstellungsgesetz weitere Bestimmungen bestehen, die nur für den Regierungsrat gelten, insbesondere §§ 2-4 GRR betr. Nebentätigkeiten und „Unvereinbarkeiten". Die Ausstandsbestimmungen sollten darauf abgestimmt werden. Weiter ist die Bestimmung über die Vorbefassung (Entwurf § 8 Ziff. 3 GO RR) ausschliesslich auf den Regierungsrat zugeschnitten und ist fraglich, in welcher Weise sie analog auf andere Mitglieder der kantonalen Verwaltung angewandt werden könnte.

121 Mit § 36 PG besteht zudem eine Ausstandsnorm im Personalrecht, wo sie an sich nicht hingehört. Das Verhältnis zu §§ 11 f. GO RR und der Anwendungsbereich sind unklar. Zudem statuiert sie eine Ausstandspflicht bei einem „persönlichen Interesse". Dieser Begriff ist noch

---

157 Vgl. vorne Rz. 25.

158 Die GO RR stammt von 1949, das VRPG von 1976. Ein Verweis im neueren auf den älteren Erlass lag insofern nahe.

weiter zu fassen als derjenige des „unmittelbaren persönlichen Interesses", der heute bereits sehr extensiv ausgelegt und angewandt wird. Zu empfehlen ist daher eine Aufhebung dieser Bestimmung.

122 § 10 GG regelt den Ausstand für die Gemeinden wesentlich abweichend von den anderen Bestimmungen. Auffällig ist etwa der Verweis auf die Unvereinbarkeitsbestimmung von § 20 KV.

123 Insgesamt ergibt sich aus systematischer Sicht, dass eine Revision der Geschäftsordnung allein die wesentlich darüber hinaus greifenden Zusammenhänge zu wenig berücksichtigt. Die Frage der Ausstandsnormen im kantonalen Recht sollte gesamthaft betrachtet werden, unter Einschluss insbesondere des Verwaltungsprozess-, des Personal- und des Gemeinderechts.

2. Materielles

124 In der Geschäftsordnung ist es sachgerecht, die Ausstandspflicht nicht von einem Verfahren, das zu einer Verfügung führt, und/oder von der Parteistellung abhängig zu machen. Massgebend soll nicht die formelle Qualifikation des fraglichen Geschäfts sein, sondern das Interesse des Mitglieds bzw. der ihm nahestehenden Person. Dies ist insbesondere für den Ausstand in Exekutivbehörden wie v.a. dem Regierungsrat von grosser Bedeutung[159].

125 Zentral ist daher der Begriff des „unmittelbaren persönlichen Interesses". Dieser sollte beibehalten werden. Im Interesse der Funktionsfähigkeit der Behörden darf nicht jegliches persönliche Interesse, das man möglicherweise mit Tausenden anderen Personen teilt, einen Ausstandsgrund darstellen. Vielmehr geht es um Interessen, die nur einen kleinen, abgegrenzten Personenkreis betreffen. Nach der vorangehend vertretenen Auffassung ist bereits die heutige Praxis, jedenfalls wie sie sich in den Fällen Hürlimann und Spillmann Siegwart gezeigt hat, zu streng und geht deutlich über § 11 GO RR hinaus. Die Gefahr einer zu weiten Ausdehnung der Ausstandspflicht besteht vor allem bei Geschäften, die keine Verwaltungsverfahren sind und nicht zum Erlass einer Verfügung führen. Von entsprechenden Entscheiden ist oft eine grössere Zahl von Personen mehr oder weniger intensiv betroffen. Solche Formen der Betroffenheit sollten aber regelmässig keine Ausstandspflicht begründen.

---

159 Vgl. für den Zürcher Regierungsrat vorne Rz. 82.

126 Allenfalls könnte der Ausstand in Verwaltungsverfahren, die zum Erlass einer Verfügung führen, abweichend von demjenigen bei den übrigen Geschäften (v.a. der Exekutiven) geregelt werden, wie dies der Bund gemacht hat. Diese Regelung ist allerdings problematisch[160].

127 Die Liste der familienrechtlichen Beziehungen in § 8 Abs. 1 Ziff. 2 Entwurf GO RR, die eine Ausstandspflicht bewirken, entspricht dem Recht des Bundes und des Kantons Zürich und ist sachgerecht, nicht zuletzt weil sie sich während Jahren oder gar Jahrzehnten in der heutigen oder ganz ähnlicher Form[161] bewährt hat.

128 Der Entwurf enthält im Unterschied zum Bundesrecht[162] und zum Kanton Zürich[163] allerdings keine Ausstandsbestimmung mit Bezug auf Vertretungsverhältnisse. Für den Regierungsrat kann dies damit gerechtfertigt werden, dass den Mitgliedern solche Tätigkeiten in weitem Ausmass verboten sind, jedoch nicht vollumfänglich[164]. Will man die Vertretung anderer Personen nicht vollumfänglich ausschliessen, so besteht durchaus Bedarf nach einem entsprechenden Ausstandsgrund, insbesondere aber deshalb, weil § 8 VRPG für den Ausstand der kantonalen Behörden auf die Geschäftsordnung des Regierungsrats verweist, für die meisten Betroffenen aber keine Vertretungsverbote bestehen. Eine Norm betreffend Vertretungsverhältnisse sollte so formuliert werden, dass sie sich auch auf gesetzliche Vertretungen privatrechtlicher Art (z.B. aufgrund von Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts) bezieht.

129 Im Bericht[165] wird erwogen, für nahestehende Personen die Regelung der Unvereinbarkeitsbestimmung von § 20 Abs. 1 KV zu übernehmen. Ausstands- und Unvereinbarkeitsbestimmungen erfüllen unterschiedliche Funktionen und können einander gegenseitig nicht ersetzen. Strenge Unvereinbarkeitsbestimmungen können insbesondere nicht verhindern, dass eine Behörde über eine Angelegenheit entscheiden muss, in der eine einem Mitglied nahestehende Person Partei ist oder ein unmittelbares Interesse hat.

130 Richtig ist es auch, eine subsidiäre Generalklausel aufzunehmen, da nicht alle Gründe, die zum Ausstand eines Behördemitglieds führen sollen, vorausgesehen werden sollen. Zudem kann auf diese Weise eine sehr lange und kasuistische Regelung vermieden werden.

---

160 Vgl. vorne Rz. 72.

161 Änderungen betrafen vor allem die Aufnahme der registrierten Partnerschaft und der faktischen Lebensgemeinschaft.

162 Art. 10 Abs. 1 lit. c VwVG.

163 § 5a Abs. 1 lit. c VRG ZH.

164 Vgl. oben Rz. 38 f.

165 Bericht GO RR, S. 16.

V. Folgerung und Beantwortung der Gutachtensfragen

A. Anforderungen gemäss der Bundesverfassung

131 Aus der Garantie des fairen Verfahrens von Art. 29 Abs. 1 BV werden Anforderungen an die Unparteilichkeit von Verwaltungsbehörden abgeleitet. Es gilt der fundamentale Grundsatz, dass niemand in eigener Sache oder in derjenigen sehr nahestehender Personen entscheiden darf. Die Abgrenzung des Personenkreises ist dabei allerdings unklar. § 11 Abs. 2 GO RR zieht die Grenze mit dem zweiten Grad in auf- oder absteigender Linie vergleichsweise eng.

132 Es muss zusätzlich eine Parteistellung oder zumindest eine unmittelbare persönliche Betroffenheit vorliegen. Abgrenzungskriterium ist vor allem die Anzahl der von einem Akt betroffenen Personen: Je grösser diese ist, desto weniger führt eine Betroffenheit zur Ausstandspflicht. Keine Ausstandspflicht besteht insbesondere bei Beschlüssen, von denen grössere Bevölkerungskreise, ganze Gemeinden oder Regionen betroffen sind. In konstanter Rechtsprechung wird die Vertretung öffentlicher Interessen in amtlicher Eigenschaft nicht als eigenes Interesse des handelnden Behördenmitglieds angesehen. Kritik daran bezieht sich vor allem auf Fälle der Doppelvertretung, bei denen das Mitglied gleichzeitig in anderer amtlicher Funktion handelt. Ein Ausstandsgrund muss daher aufgrund der Vertretung öffentlicher Interessen durch eine nahestehende Person in aller Regel nicht angenommen werden.

133 Eine Ausstandspflicht kann zudem allgemein aus Vorbefassung der gleichen Person in der entsprechenden Angelegenheit entstehen. Die Praxis ist mit Bezug auf Verwaltungsverfahren allerdings nach wie vor grosszügig. Eine Ausstandspflicht besteht nicht, wenn nur eine dem Behördenmitglied nahestehende Person bereits in der Sache mitwirkte.

B. Anforderungen gemäss kantonalem Recht

134 Gemäss § 11 GO RR besteht Ausstandspflicht bei unmittelbarer persönliche Betroffenheit des Behördemitglieds selbst oder einer ihm besonders nahe stehenden oder von ihm vertretenen Person. Dabei ist die Umschreibung der persönlichen Beziehungen und familiären Verhältnisse, die zum Ausstand führen, wenig problematisch.

135 Erhebliche Unsicherheit besteht jedoch bezüglich der Abgrenzung der „unmittelbaren Interessen" von anderen, weniger intensiven Interessen, die keinen Ausstand notwendig machen. Dabei sind zwei Abgrenzungskriterien von besonderer Bedeutung: Unmittelbare Interessen sind nur solche, welche die entsprechende Person und allenfalls einen sehr beschränkten weiteren Kreis betreffen, nicht solche, die für grössere Teile der Bevölkerung, ganze Gemeinden und Regionen von Bedeutung sind. Zudem geht es nur um solche Inte-

ressen, welche die entsprechende Person privat hat, nicht Interessen, die sie aufgrund eines öffentlichen Amtes vertritt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang § 12 GO RR, wonach Bürgerrecht oder Wohnsitz in einer Gemeinde nicht zum Ausstand verpflichten.

136 Eine Ausstandspflicht besteht weiter für Ratsmitglieder in Sachen Dritter, deren Vertreter sie sind. Aus der Regelung ist abzuleiten, dass keine entsprechende Ausstandspflicht besteht, wenn eine dem Ratsmitglied nahestehende Person im Sinn von Ziff. 2 Dritte vertritt.

137 Keinen eigenen Ausstandsgrund stellen nach heutigem kantonalem Recht die verschiedenen Formen der Vorbefassung dar.

C. Ausstand von Regierungsrat Hürlimann im vorliegenden Fall

138 Mit Bezug auf die Planung und Festlegung der künftigen Mittelschulstandorte muss Regierungsrat Hürlimann aus folgenden Gründen nicht in den Ausstand treten: Seine Ehefrau vertritt als Gemeindepräsidentin öffentliche, nicht private Interessen. Es ist nicht ersichtlich, dass das Ehepaar Hürlimann durch den Standortentscheid persönlich betroffen würde, sei es mit Bezug auf eigenes Grundeigentum, sei aufgrund künftigen Mittelschulbesuchs durch Kinder oder allenfalls Enkel. Nur eine Tangierung des Grundeigentums würde ein unmittelbares Interesse i.S.v. § 11 GO RR darstellen.

D. Fallkonstellationen im Verhältnis Gemeinde - Kanton

139 In allgemeinerer Weise können im Verhältnis zwischen Gemeindebehörden und Kanton, insbesondere dem Regierungsrat als Beschwerdeinstanz, folgende besonderen Konstellationen unterschieden werden:

- Ein Mitglied einer Gemeindebehörde äussert sich zu anstehenden politischen Entscheidungen auf kantonaler Ebene. Politische Aussagen, auch solche, die als Behördemitglied gemacht werden, begründen kein persönliches Interesse der Urheberin. Sie können daher auch nicht eine Ausstandspflicht nahestehender Personen wie des Ehemannes bewirken.

- Der Regierungsrat hat über eine Beschwerde gegen einen Entscheid des Gemeinderats zu entscheiden. Auch hier bestehen keine persönlichen Interessen der Mitglieder des Gemeinderats, andernfalls hätten sie in den Ausstand treten müssen. Bestehende Vertretungsverhältnisse sind nur ein Ausstandsgrund, wenn sie durch Ratsmitglieder ausgeübt werden. Aus diesen Gründen besteht keine Ausstandspflicht für das Regierungsratsmitglied.

– Der Regierungsrat hat über eine Angelegenheit zu entscheiden, in der eine Gemeinde Partei oder in anderer Weise erheblich interessiert ist. Auch hier kann das Interesse der Gemeinde nicht einem persönlichen Interesse der Behördemitglieder dieser Gemeinde gleichgesetzt werden. Auch die Vertretung der Gemeinde durch ihre Organe, insbes. den Gemeinderat, begründet keine Ausstandspflicht nahestehender Regierungsratsmitglieder.

E. Vergleich mit Regelungen anderer Kantone

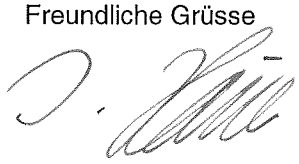
140 Untersucht wurden die Regelungen des Bundes und der Nachbarkantone. Dabei repräsentieren der Bund und die Kantone Zürich und Aargau wohl den verbreiteten Standard. Die Regelung des Kantons Luzern erscheint zu weit gehend, zu lang und zu kasuistisch. Die Regelungen des Kantons Schwyz sind ebenfalls ein wenig lang und kasuistisch, das Zusammenspiel der verschiedenen Erlasse ist zudem kompliziert und unbefriedigend.

F. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf und Spielraum

141 Eine Reihe von Erlassen des Kantons Zug enthält Normen zum Ausstand von Angestellten und Behördemitgliedern, neben der Geschäftsordnung des Regierungsrats insbesondere das Verwaltungsrechtspflegegesetz, das Personalgesetz und das Gemeindegesetz. Eine isolierte Behandlung nur der Geschäftsordnung ist in systematischer Hinsicht unbefriedigend, weil das gegenseitige Verhältnis dieser Erlasse nicht immer klar ist und materiell erhebliche Unterschiede bestehen.

142 Der Entwurf für einen neuen § 8 GO RR erscheint als allgemeine Ausstandsregelung im Wesentlichen gelungen. Gewisse Defizite rühren daher, dass sie sich auf den Regierungsrat bezieht, durch Verweis aber wieder auf die ganze kantonale Verwaltung anwendbar wäre. Zu empfehlen wäre insbes. eine Aufnahme von Vertretungsverhältnissen als Ausstandsgrund und eine allgemeiner gehaltene Vorbefassungsregel.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner