

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte,
April 2022

Der Ausstand als neuer Zankapfel



Unsere Bundesverfassung und unsere Kantonsverfassung legen den Grundsatz fest, dass alle Personen einen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung haben (Art. 29 Abs. 1 BV und § 69 Abs. 5 KV). Daraus wird unter anderem der Anspruch auf unbefangene Entscheidträger abgeleitet, konkretisiert in den Regeln des Ausstandes. Das kantonale Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege VRPG führt die Ausstandsvorschriften auf Gesetzesebene aus (AGVE 2013, S. 545, 547). Danach darf am Erlass von Entscheiden u.a. nicht mitwirken, wer (lit. a) in der Sache ein persönliches Interesse hat, (lit. b) mit einer Partei familiär verbunden ist, (lit. c) eine Partei vertritt oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig war, (lit. d) u.a. Mitglied der Behörde ist, deren Entscheid angefochten ist oder (lit. e) aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnte.

Ausstandspflichtig ist nicht nur, wer verfügt oder (mit-)entscheidet. Das Mitwirkungsverbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Entscheides Einfluss nehmen können. Dazu zählen namentlich auch Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion (AGVE 2014, S. 187 f.).

Die Ausstandsregeln sind im Grundsatz streng auszulegen. Zur Annahme einer rechtlich unzulässigen Befangenheit genügt es, wenn Aussenstehenden den Eindruck einer bereits feststehenden Meinung erhalten können. Ob eine solche tatsächlich besteht, ist nicht relevant.

Eine Ausnahme hält § 16 Abs. 3 VRPG fest: «Beratung im Rahmen der amtlichen Pflichten ist in der Regel kein Ausstandsgrund».

Dies ist namentlich für das Baubewilligungswesen relevant. Denn hier geben die Bauverwaltungen den Baugesuchstellenden oft Auskünfte oder sogar Empfehlungen ab. Hierzu hat sich eine differenzierte Rechtsprechung entwickelt, die nach dem «Schweregrad» der behördlichen Einflussnahme unterscheidet:

Unverbindliche Stellungnahmen zu abstrakten Rechtsfragen (Beispiel: «In welcher Zonen liegt meine Parzelle?») begründen in der Regel keine Gefahr der späteren Befangenheit. Eine gewisse *Begleitung durch die Behörden* ist zulässig. Sie darf jedoch nicht so weit gehen, die Bauherrschaft bei der Ausarbeitung des Baugesuchs zu *beraten* (Beispiel: «Wir empfehlen Ihnen hier die Farbe Weiss.») oder ihr die *Zusage* zu machen, das Vorhaben in einer bestimmten Form bewilligen zu können (Beispiel: «Diese Dachform können wir bewilligen.»). Sofern die Bauherrschaft *verbindliche Auskünfte* erhalten will, ist sie auf das Verfahren des Vorentscheides zu verweisen (vgl. dazu auch Urteile des Bundesgerichts [1C_903/2013](#) vom 10. August 2015, E. 2.2, Gemeinde Mels; [1C_477/2016](#) vom 16. August 2017, E. 3, Gemeinde Basadingen-Schlattingen).

Grundsätzlich ist das Erteilen von Auskünften also zulässig und aufgrund von Prozessökonomie und Verfahrenskoordination gerade bei Grossprojekten, bei denen sich komplexe Sachverhalts- und Rechtsfragen stellen, unter Umständen sinnvoll. Dies liegt auch im Interesse der Verfahrensökonomie und der bürgernahen Verwaltung (AGVE 2007, S. 105, 111). Dabei ist entscheidend, mit welcher *Bestimmtheit* die Fragen beantwortet werden: Können Aussenstehende davon ausgehen, die Person in der Bauverwaltung oder in der Baukommission habe sich erst *vorläufig* zur Sache geäußert hat oder müssen sie davon ausgehen, dass die *Meinung bereits feststeht*? Relevant ist also der Einzelfall.

Kürzlich waren wir in zwei Verfahren mit dem Ausstandsthema konfrontiert.

Im *ersten Dossier* ging es um die Frage, ob ein Mitglied des Gemeinderates, das gleichzeitig das Präsidium einer Altersstiftung der Gemeinde innehatte, im Gemeinderat über ein Baugesuch der Stiftung mitentscheiden könne. Der Vorwurf lautete, das Mitglied vertrete im Baubewilligungsverfahren das Interesse der Stiftung und damit ihr persönliches Interesse. Die Rechtsmittelbehörde bestätigte den Vorwurf nicht, wie von uns vertreten. Denn das Mitglied des Gemeinderates, welches durch den Gemeinderat in den Stiftungsrat entsandt war, nahm in der Altersstiftung öffentliche Interessen wahr (kommunale Alterspolitik) und verfolgte nicht die eigenen Interessen oder sogar private Anliegen. Die beanstandeten Doppelfunktion - Mitglied in Gemeinderat und Stiftungsrat - begründete in diesem Fall keinen Interessenkonflikt.

Der Entscheid ist vernünftig und praxisnah. Hätte die institutionelle Doppelfunktion zum Ausstand geführt, hätte dies erhebliche Auswirkungen auf die Funktionsweise der Gemeinderäte im Kanton Aargau haben können: Viele Gemeinderatsmitglieder bekleiden von Amtes wegen Ämter in gemeindenahen Organisationen. Sie müssten fortan im Gemeinderat bei allen Entscheidungen, welche «ihre» Organisation betreffen, in den Ausstand treten. Die Gemeinderäte als Kollegium wären bei zahlreichen Entscheidungen nicht mehr vollzählig. Sie müssten sich daraufhin wohl überlegen, ob sie überhaupt noch Mitglieder in diese Organisationen entsenden wollen. Dies ist nicht Sinn und Zweck der Ausstandsvorschriften und stellte die Funktionsweise der Gemeindelandschaft in Frage. Solange im Einzelfall keine Anhaltspunkte für eine Voreingenommenheit erkennbar sind, bleibt die rein institutionelle Doppelfunktion daher folgenlos und müssen Gemeinderatsmitglieder nicht in den Ausstand treten.

Im *zweiten Dossier* ging es um ein Bauprojekt in der Nähe eines kantonalen Denkmalschutzobjektes. Um präventiv negative Auswirkungen des Bauprojektes auf das Ortsbild und auch auf ein nahes kantonale Denkmalschutzobjekt und dessen Umgebung zu vermeiden, wurde das Bauprojekt durch eine Arbeitsgruppe mit u.a. *einem Gemeinderatsmitglied* sowie je einer Person der *Bauverwaltung* und der *kantonalen Denkmalpflege* begleitet. Einige Nachbarn beanstandeten diese Begleitung und stellten ein Ausstandsgesuch gegen die Mitglieder der Arbeitsgruppe und auch gegen den gesamten Gemeinderat. Ihr Vorwurf an den Gemeinderat lautete, das Gemeinderatsmitglied aus der Arbeitsgruppe habe die anderen vier Mitglieder des Gemeinderates laufend über das Projekt informiert, so dass sich alle fünf eine feste Meinung gebildet hätten.

Der Regierungsrat hiess das Gesuch in Bezug auf die Mitglieder der Arbeitsgruppe gut. Er hielt fest, in der Arbeitsgruppe sei das Projekt verschiedentlich besprochen und den Architekten seien auch Vorschläge zur Gestaltung mitgegeben worden. Das könne bei den Nachbarn den Anschein wecken, die Meinungen seien bereits gebildet. Dies betraf *das Gemeinderatsmitglieds* sowie die Person aus der *Bauverwaltung* und aus der *kantonalen Denkmalpflege*. Gegenüber den vier weiteren Gemeinderatsmitgliedern wies der Regierungsrat das Gesuch ab. Er erkannte keine Voreingenommenheit. Die Gemeinderatsmitglieder seien nicht an das Urteil der Arbeitsgruppe gebunden und hätten nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Pflicht, unbefangen über das Baugesuch zu entscheiden.

Dieser zweite Entscheid ist vertretbar in Bezug auf die Mitwirkung des *Gemeinderatsmitglieds* sowie der Person aus der *Bauverwaltung*. Sie haben sich in der Arbeitsgruppe konkret geäußert und werden bei der Beurteilung des Baugesuches kaum von dieser Haltung abweichen. Ferner ist richtig, dass die anderen Mitglieder des Gesamtgemeinderats nicht als voreingenommen gelten, weil sie durch ein Gemeinderatsmitglied über Ergebnisse aus einer Arbeitsgruppe informiert worden sind. Die Konsequenzen des Entscheides bleiben daher beschränkt. Die Gemeinden müssen sich entweder bei der *Begleitung* von Bauprojekten mehr zurückhalten oder eine *personelle Trennung* zwischen der Begleitung des Projektes und dem Entscheid darüber einführen.

Bezüglich der kritisierten Mitwirkung der Person aus der kantonalen Denkmalpflege kann der Entscheid hingegen zu unliebsamen Konsequenzen führen. Denn Bauten und andere Vorkehrungen in der Umgebung von kantonal geschützten Baudenkmalern, die deren Wirkung beeinträchtigen können, benötigen eine Zustimmung der Denkmalpflege (§ 32 Abs. 1 Kulturgesetz Aargau und § 29 Abs. 1 Verordnung zum Kulturgesetz). Darf sich die Denkmalpflege nicht mehr frühzeitig zu Projektentwürfen äussern, sondern erst zum fertigen Produkt, erfahren die Bauherrschaften erst sehr spät, ob die Denkmalpflege eine Beeinträchtigung erkennt oder nicht. Bei einer Abweisung lösen sich dann lange Planungsarbeiten in Luft auf, und damit auch Geld.

Diesem zweiten Entscheid kommt also eine gewisse Relevanz zu: Die kantonale Denkmalpflege hat seit Jahren Projekte frühzeitig begleitet, im Sinne des Denkmalschutzes. Sie muss ihr bewährtes Vorgehen nun wohl überdenken. Zieht sie sich vermehrt auf das Entscheiden über fertige Bauprojekte zurück, wäre dies sicher

nicht im Sinne der Bauherrschaften. Ob dem kantonalen Schutz von Baudenkmalern geholfen ist, wenn die Denkmalpflege nur noch Ja oder Nein zu benachbarten Bauprojekten sagen darf, ist auch zu bezweifeln.

Der Beschluss des Regierungsrats ist rechtskräftig geworden. Ob das Verwaltungsgericht als nächsthöhere Instanz auch so entschieden hätte, bleibt damit ungeklärt.

Projekte benötigen auch Zustimmungen von anderen Fachstellen des Kantons, wie Gewässerabstand und anderes. Diese Fachstellen dürfen sich zukünftig wohl auch nicht mehr frühzeitig äussern oder mit deutlich mehr Zurückhaltung. Das gilt übrigens auch für die kommunalen Baukommissionen.

Das Thema des Ausstandes erlebt in den letzten Monaten einen richtiggehenden prozessualen «Höhenflug». Nachbarn können damit ein Projekt sicher verzögern. In der Sache lässt sich in der Regel kaum etwas gewinnen. Allenfalls legt sich daher dieser «Höhenflug» wieder einmal. Wichtig ist, dass die Behörden, welche den geltend gemachten Ausstand beurteilen müssen, im Einzelfall den «Spagat» zwischen den Anforderungen des Rechtes und den Auswirkungen auf die Praxis nicht aus den Augen verlieren.
