

1. Verwaltungsverfahren

1360

Ausstand. Die Mitwirkung am Vorentscheid ist ein Ausstandsgrund.

Art. 58 der Bundesverfassung (BV; SR 101) gewährleistet unter anderem die Beurteilung einer Streitsache durch ein unparteiisches und unabhängiges Gericht. Entscheidet nicht - wie im vorliegenden Fall - eine gerichtliche, sondern eine verwaltungsbehördliche Rechtspflegeinstanz, so ergibt sich aus Art. 4 BV ein gleichartiger Anspruch (BGE 120 Ia 186, 117 Ia 410, 114 Ia 279). Die Frage, unter welchen konkreten Umständen die Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in Ausstand zu treten haben, beurteilt sich vorab nach kantonalem Recht. Art. 4 Abs. 1 lit. a - e des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; bGS 143.5) regeln in diesem Sinne den Mindestanspruch gemäss Bundesverfassung (*Hans-Jürg Schär*, Erläuterungen zum Verwaltungsverfahrensgesetz Teufen 1985, N. 3 zu Art. 4). Als Ausstandsgründe gelten Verwandtschaft (lit. a), Mitwirkung am Vorentscheid (lit. b), Vertretungsverhältnis (lit. c) und Beteiligung an juristischen Personen (lit. d). Daneben hat auch in den Ausstand zu treten, wer aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnte (lit. e). Die Behörde hat von Amtes wegen zu prüfen, ob Ausstandsgründe gegeben sind.

Art. 4 Abs. 1 lit. b VwVG nennt die Mitwirkung am Vorentscheid, mithin die Vorbefassung, als Ausstandsgrund. Wer bereits am Vorentscheid, d.h. am angefochtenen Entscheid, mitgewirkt hat, darf keinen Einfluss auf die Überprüfung in oberer Instanz nehmen. Ob dieser Verpflichtung tatsächlich auch nachgelebt wird, können die Betroffenen nicht beurteilen, wenn sie die personelle Zusammensetzung der entsprechenden Behörde nicht kennen. Sie haben deshalb einen Anspruch auf Bekanntgabe der mitwirkenden Personen. Daher haben Verfügungen nach Art. 12 lit. a VwVG neben der Bezeichnung der

Behörde auch die Namen der Behördenmitglieder, welche in den Ausstand getreten sind, zu enthalten. Fälle der Vorbefassung in einem weiteren Sinn werden vom allgemeinen Ausstandsgrund der Befangenheit erfasst.

Im Sinne einer Generalklausel umfasst Art. 4 Abs. 1 lit. e VwVG alle übrigen Arten von Befangenheit. Damit sind namentlich auch Eigeninteressen, Vorbefassungen, enge Beziehungen und Interessenbindungen angesprochen, die keinen Ausstand nach lit. a - d begründen, aufgrund der Umstände aber auf mangelnde Unparteilichkeit schliessen lassen. Befangenheit ist dann anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, welche geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Behördenmitgliedes zu wecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten oder in gewissen funktionellen und organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Wegen persönlichen Verhaltens ist ein Behördenmitglied nicht erst dann von der Mitwirkung ausgeschlossen, wenn es nachweislich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen. In beiden Fällen kann bei der Beurteilung der Umstände, die zur Voreingenommenheit führen können, nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden; das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 118 Ia 285f.; vgl. auch BGE 120 V 365).

Die Rekurrenten führen in ihrer Rekursschrift aus, dass der Gemeindepräsident die Einspracheverhandlung geleitet habe. Im Anschluss daran seien die Einspracheentscheide ergangen. Am Rekursentscheid des Gemeinderates habe er trotzdem mitgewirkt, obwohl er in den Ausstand hätte treten müssen. Indem der Gemeindepräsident nicht in den Ausstand getreten sei, habe er die Ausstandsvorschriften verletzt. Der Rekursentscheid sei schon deshalb aufzuheben.

Der Gemeinderat weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass der Gemeindepräsident am Augenschein teilgenommen und die dort Anwesenden anfangs begrüsst und sich später bei der Aussprache beteiligt habe. Einen offiziellen Auftrag, z.B. als Rekursinstruktor, habe er dazu nicht erhalten. Vor diesem Augenschein habe die Baukommission auch noch nichts entschieden. Es sei bei der Aussprache einzig darum gegangen, die eingegangenen Einsprachen gegen das aufgelegte Baugesuch zu besprechen und allenfalls einen Konsens zu finden. Dazu seien die Einsprecher, die Bauherrschaft und einzelne

Behördenmitglieder eingeladen gewesen. Der Gemeindepräsident habe beim späteren Entscheid der Baukommission über die eingegangenen Einsprachen in keiner Weise mitgewirkt. Er sei auch an keiner Sitzung anwesend gewesen.

Die Baugesuchsteller vertreten die Auffassung, dass die getroffene Verfahrensmassnahme (Anwesenheit des Gemeindepräsidenten an der Einspracheverhandlung) höchstens dann zu beanstanden wäre, wenn objektive Anhaltspunkte für eine Voreingenommenheit des Gemeindepräsidenten in dem an das Einspracheverfahren anschliessenden Rekursverfahren vorlägen, und dass keine solchen Anhaltspunkte vorlägen.

Nach Art. 86 des Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (EG zum RPG; bGS 721.1) sind Einsprachen in mündlicher Verhandlung abzuklären und zu bereinigen. Die mündliche Verhandlung soll dem Bauherrn Gelegenheit zu einem Gespräch mit den Einsprechern unter behördlicher Leitung geben. Gegenstand der Einspracheverhandlung sind die von den Einsprechern bezüglich des Bauvorhabens erhobenen Einwände und geltend gemachten Vorbehalte. Die Behörde soll nach Möglichkeit zur Bereinigung beitragen und die Beteiligten auf rechtlich nicht haltbare Standpunkte hinweisen. In diesem Rahmen muss die Behörde tätig werden.

Unbestritten ist, dass der Gemeindepräsident an der Einspracheverhandlung, zu welcher die Baukommission eingeladen hatte, teilgenommen hat. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Einspracheprotokoll. Der Gemeindepräsident ist indes nicht Mitglied der Baukommission (vgl. Behördenverzeichnis der Gemeinde für das Amtsjahr 1999/2000, S. 5). Es ist davon auszugehen, dass der Gemeindepräsident grundsätzlich nicht an den Einspracheverhandlungen der Baukommission teilnimmt. Diese Schlussfolgerung drängt sich auch insofern auf, als nach dem genannten Behördenverzeichnis (S. 17, Ressortverteilung der Gemeinderäte) der Gemeindepräsident die Rekursinstruktion im Verfahren vor dem Gemeinderat in Bausachen wahrnimmt und er deshalb käumlich regelmässig an den Einspracheverhandlungen der Baukommission teilnimmt.

Es muss folglich einen besonderen Grund für die Anwesenheit des Gemeindepräsidenten an dieser Verhandlung gegeben haben. Der Gemeindepräsident hat die Einspracheverhandlung eröffnet und darauf hingewiesen, dass die Infrastruktur für die Gemeinde wichtig sei und Bauwillige grundsätzlich sehr willkommen seien. Der Gemeinderat

führt in seiner Stellungnahme an, dass es bei der Aussprache darum gegangen sei, die eingegangenen Einsprachen zu behandeln und einen Konsens zu finden. Dazu seien unter anderem einzelne Behördenmitglieder eingeladen gewesen. Offenbar ist der Gemeinderat zum Nutzen der Gemeinde an der Realisierung dieses Bauvorhabens in nicht unerheblichem Masse interessiert, und um dies zu unterstreichen, wurde auch der Gemeindepräsident zur Verhandlung eingeladen.

Zwar mag es zutreffen, dass der Gemeindepräsident den Augenschein eröffnet, die Verfahrensleitung nachher aber dem Baubewilligungspräsidenten überlassen hat. Abgesehen davon, dass er hinsichtlich der Festlegung der Hauptfassade seine Auffassung an der Verhandlung geäußert hat (vgl. Protokoll vom 7. Oktober 1998 S. 3), und er damit den Anschein erweckt, dass er sich diesbezüglich festgelegt hat, ist anzunehmen, dass sich der Gemeindepräsident zumindest grob mit dem Bauvorhaben und den Einsprachen befasst hat, und er durch seine Anwesenheit objektiv betrachtet den Anschein erweckt, dass das Bauvorhaben unter bestimmten Voraussetzungen einer Bewilligung zugänglich ist, da es - wie der Stellungnahme des Gemeinderates zu entnehmen ist - die Absicht war, an dieser Verhandlung einen Konsens zu erzielen, und ein solcher Konsens letztlich nur die Erteilung einer Bewilligung (allenfalls mit Auflagen) zum Inhalt haben kann.

Die Rekurrenten beantragen mit dem vorliegenden Rekurs, dass der Rekursentscheid des Gemeinderates aufzuheben, das Baugesuch abzuweisen und die Baubewilligung nicht zu erteilen sei. Aufgrund der Feststellung, dass der Gemeindepräsident am Einspracheaugenschein den Eindruck erweckt hat, dass eine Bewilligung (allenfalls mit Auflagen) erteilt werden kann, muss für das nachfolgende Verfahren vor dem Gemeinderat, bei welchem die heutigen Rekurrenten die erwähnten Anträge gestellt haben, objektiv von einer Voreingenommenheit des Gemeindepräsidenten ausgegangen werden, womit der Gemeindepräsident zumindest den Anschein von Befangenheit erweckt; ob er tatsächlich befangen war oder nicht, ist daher nicht von Belang. Folglich hätte er im Verfahren vor dem Gemeinderat in den Ausstand treten müssen. Dies hat er indes nicht getan.

Aus den bisherigen Erwägungen ergibt sich, dass zumindest der Gemeindepräsident die Ausstandsvorschriften nicht beachtet hat. Die Nichtbeachtung der Ausstandspflicht gilt als schwerwiegende Verletzung zwingenden Verfahrensrechts, welche in der Regel zur Aufhe-

bung der betreffenden Verfügung führt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein unter Beachtung der Ausstandspflichten ergangener Entscheid materiell anders hätte lauten können. Eine Heilung des Mangels in oberer Instanz ist, anders etwa als bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs, nicht möglich (*Hans-Jürg Schär*, a.a.O., N. 29 und 32 zu Art. 4). Der angefochtene Entscheid des Gemeinderates ist folglich aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Entscheid der Baudirektion vom 21.3.2000