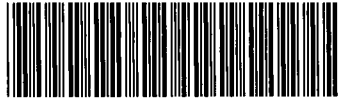


Die Befangenheit der Verwaltung

Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung
im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen



2003 U 491

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Benjamin Schindler
vork ✓
Zürich und Mollis GL

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Georg Müller

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungs- und Materialienverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXV
Fragestellung und Einleitung	1
TEIL I: GRUNDLAGEN	3
§ 1 Thematische Eingrenzung	3
§ 2 Historischer Überblick	9
§ 3 Funktionen des Unbefangenheitsgebots	43
§ 4 Rechtsgrundlagen	51
TEIL II: EINZELNE AUSSTANDSGRÜNDE	65
§ 5 Allgemeine Bemerkungen	65
§ 6 Explizit genannte Ausstandsgründe	97
§ 7 «Andere Umstände» der Befangenheit	111
§ 8 Vorbefassung und funktionelle Doppelrollen	143
§ 9 «Ausnahmen» von der Ausstandspflicht	189
TEIL III: RECHTSFOLGEN DER AUSSTANDSPFLICHT	199
§ 10 Staatliche Aufklärungspflichten	199
§ 11 Ausstandsverfahren	203
§ 12 Verletzung von Ausstandsnormen	213
TEIL IV: DAS VERHÄLTNISS DES ANSPRUCHS AUF UNBEFANGENE ENTSCHEIDSTRÄGER DER VERWALTUNG ZU ANDEREN GRUNDRECHTEN	221
§ 13 Abgrenzung und Verhältnis zu anderen Grundrechten	221
§ 14 Behördemitglieder als Grundrechtsträger	227
Schlussfolgerungen	237
Anhang: Praxis der kantonalen Regierungen	241
Sach- und Personenregister	247

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungs- und Materialienverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXV
Fragestellung und Einleitung	1
TEIL I: GRUNDLAGEN	3
§ 1 Thematische Eingrenzung	3
I. Zum Begriff «Verwaltung»	3
II. Zum Begriff «Befangenheit»	6
§ 2 Historischer Überblick	9
I. Allgemeine Bemerkungen	9
II. Christlich-jüdische und römisch-rechtliche Tradition	11
III. Mythologie und Ikonographie	13
1. Biblische Gestalten	13
2. Antike Helden	14
3. Allegorie der Justitia	15
4. Je ein Beispiel aus Basel und Bern	16
IV. Alte Eidgenossenschaft	17
1. Fehlende Gewaltentrennung	17
2. Zürcher Rechtsordnung im 18. Jahrhundert	18
3. Zürcher Landvögte als Beispiel	20
V. Exkurs: Verbot der Annahme von Pensionen, Titeln, Orden und Geschenken	23
VI. Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert	24
1. Entwicklung der Ausstandsnormen auf kantonaler Ebene (Beispiel Zürich)	24
2. Entwicklung der Ausstandsnormen im Bund	27
a) <i>Für Mitglieder des Bundesrates</i>	27
b) <i>Für Angehörige der Bundesverwaltung</i>	28
3. Ausbau einer unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit	28
a) <i>Demokratisches Misstrauen als Hindernis</i>	28
b) <i>Ausbau auf kantonaler Ebene</i>	30
c) <i>Ausbau auf Bundesebene</i>	32
d) <i>Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)</i>	33
VII. Rechtsprechung des Bundesgerichts	34

VIII. Neuere Tendenzen	36
IX. Fazit	38
§ 3 Funktionen des Unbefangenheitsgebots	43
I. Fokussierung der Verwaltung auf «öffentliche Interessen»	43
II. Recht des Einzelnen auf ein «gerechtes Verfahren»	46
III. Funktionsfähigkeit der Verwaltung	47
IV. Vermeidung von Machtkonzentrationen als Nebeneffekt	48
V. Fazit	49
§ 4 Rechtsgrundlagen	51
I. Verfassungs- und Konventionsrecht	51
1. Grundrecht auf «gleiche und gerechte Behandlung» in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen (Art. 29 Abs. 1 BV)	51
<i>a) Entstehungsgeschichte</i>	51
<i>b) Systematische Stellung</i>	52
<i>c) Berücksichtigung in Rechtsprechung und Literatur</i>	52
2. Kantonale Verfassungsnormen	53
3. Konventionsrecht	54
<i>a) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)</i>	54
<i>b) UNO-Menschenrechtspakte und UNO-Resolution</i>	55
<i>c) Exkurs: EU-Grundrechtscharta</i>	55
II. Konkretisierung durch eidgenössisches und kantonales Recht	56
1. Bedeutung von Normen unterhalb der Verfassungsstufe	56
2. Instrumente der Rechtssetzung und ihre Ausgestaltung	57
<i>a) Instrumente der Rechtssetzung</i>	57
1. Ausstandsnormen	57
2. Unvereinbarkeitsnormen	58
3. Strafrechtliche Normen	58
4. Pflichten zur Offenlegung von Interessenbindungen	59
5. Amtseid	59
<i>b) Regelungsbereich und Regelungsstufe von Ausstandsnormen</i>	60
3. Verhaltenskodizes – ethische Richtlinien für die Verwaltung	61

TEIL II: EINZELNE AUSSTANDSGRÜNDE	65
§ 5 Allgemeine Bemerkungen	65
I. Gemeinsamkeiten mit der und Unterschiede zur richterlichen Unabhängigkeit	65
1. Rechtsprechung des Bundesgerichts	65
2. Differenzierte Betrachtungsweise	66
a) <i>Gemeinsamkeiten zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten</i>	66
b) <i>Unterschiede zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten</i>	67
1. Rechtsanwendung und Rechtsprechung	67
2. Exekutivbehörden sind auch politische Behörden	68
3. Fehlende institutionelle Unabhängigkeit von Angehörigen der Verwaltungsbehörden	70
4. Prüfungsbefugnis von Gerichten und Verwaltungsbehörden	71
5. Formalisierung und Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahren	73
II. Persönlicher Umfang der Ausstandspflicht	74
1. Anwendbarkeit auf alle «mitwirkenden» Personen	74
2. Anwendbarkeit auf natürliche Personen	75
III. Sachlicher Umfang der Ausstandspflicht	78
1. Beschränkung auf förmliche Verwaltungsverfahren	78
2. Allgemeingültigkeit des Unbefangenheitsgebotes – beschränkte Geltung von Ausstandsnormen	79
3. Regierungsakte und Rechtssetzung	80
a) <i>Grundsätzlich keine Anwendbarkeit von Ausstandsnormen</i>	80
b) <i>Ausnahmen bei Einzelfall-«Erlassen»</i>	81
c) <i>Ausnahmen aufgrund klarer gesetzlicher Regelung</i>	81
4. Informales Verwaltungshandeln	82
5. Problem der Geltendmachung und Überprüfbarkeit	85
a) <i>Verfügungsgebundenheit des Rechtsschutzes</i>	85
b) <i>Ausschluss der Überprüfbarkeit</i>	86
6. Fazit	87
IV. Wirkungen der Ausstandspflicht	87
V. Unterscheidung von explizit genannten Ausstandsgründen und Generalklauseln	89
VI. Objektiviertes Besorgnis der Befangenheit	91
1. Subjektiv-objektiver Massstab	91
2. «Besorgnis der Befangenheit»	92
VII. Nachweis der Ausstandsgründe	92

§ 6	Explizit genannte Ausstandsgründe	97
I.	«Persönliches Interesse», Tätigwerden «in eigener Sache»	97
	1. Gesetzliche Regelungen	97
	2. Identität von Amtsträger und Verfahrenspartei	98
	3. Sonstige persönliche Interessen	99
	a) <i>Besondere Intensität als Entscheidungskriterium</i>	99
	b) <i>Identität von Entscheideträger und Organen einer verfahrensbeteiligten juristischen Person</i>	100
II.	Angehörige	101
	1. Verwandtschaft und Schwägerschaft in gerader Linie	102
	2. Verwandtschaft und Schwägerschaft in der Seitenlinie	103
	3. Ehe, Verlöbnis und Lebenspartnerschaft	105
	4. Entstehung und Ende der Angehörigeneigenschaft	106
III.	Besondere gesetzliche Vertretungs- und Abhängigkeitsverhältnisse	106
IV.	Vertretungen oder Tätigwerden in Einzelfällen	107
§ 7	«Andere Umstände» der Befangenheit	111
I.	Freundschaft und Feindschaft	112
II.	Wirtschaftliche Interessen und Abhängigkeiten	114
	1. Arbeitsverhältnis zu Verfahrensbeteiligten	114
	2. Sonstige Geschäftsbeziehungen zu Verfahrensbeteiligten	116
	3. Konkurrenzverhältnis zu Verfahrensbeteiligten	117
	4. Aktionärseigenschaft, Genossenschafter	118
III.	Beeinflussung durch Parteien oder Dritte	120
	1. Beeinflussung in strafbarer Art und Weise	120
	2. «Gefälligkeiten» gegenüber Behördemitgliedern	121
	3. Beeinflussung durch Medien	124
IV.	Zugehörigkeit zu einer Interessengruppe (politische Partei, Verein, Religionsgemeinschaft etc.)	126
	1. Ausstandspflicht bei Betroffenheit anderer Mitglieder	127
	2. Ausstandspflicht bei Betroffenheit der Interessengruppe	127
V.	Äusserungen von Behördemitgliedern gegenüber Verfahrensbeteiligten oder Dritten	129
	1. Stellungnahmen bestimmter und unbestimmter Art	131
	2. Stellungnahmen sachlicher und polemischer Art	133
VI.	Erteilen von Ratschlägen durch Behördemitglieder	136

VII. Gravierende Rechtsverletzungen und Verfahrensfehler	137
VIII. Zusammentreffen verschiedener Umstände	139
§ 8 Vorbefassung und funktionelle Doppelrollen	143
I. Vorbemerkungen	143
II. Grundsätze	144
1. Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 1 BV	144
2. Konkretisierung durch eidgenössisches und kantonales Recht	146
3. Massgebende Kriterien	146
<i>a) Dieselbe Amtsperson</i>	147
<i>b) Früherer Verfahrensabschnitt</i>	147
<i>c) Amtliche Funktion</i>	148
<i>d) Dieselbe Angelegenheit</i>	149
<i>e) Dieselbe Fragestellung</i>	149
4. Systembedingte Ausnahmen	150
<i>a) Mehrfache Befassung unvermeidlich</i>	150
<i>b) Disziplinarwesen</i>	151
<i>c) Prüfungswesen</i>	152
III. Ausstand in der verwaltungsinternen Rechtspflege	155
1. Zu Bedeutung und Funktion der verwaltungsinternen Rechtspflege	155
2. Ausstand vorbefasster Einzelpersonen und Verwaltungseinheiten kraft gesetzlicher Regelung	160
3. Ausstand vorbefasster Einzelpersonen und Verwaltungseinheiten kraft Bundesverfassung?	162
<i>a) Regelung in den Kantonen</i>	162
<i>b) Rechtsprechung des Bundesgerichts</i>	163
<i>c) Mitwirkung bei tatsächlicher Vorbefassung</i>	165
<i>d) Mitwirkung bei systembedingter Nähe</i>	166
<i>e) Anforderungen an letztinstanzlich entscheidende Regierungs- und Verwaltungsbehörden aus Art. 13 EMRK</i>	168
4. Fazit	170
IV. Ausstand staatlicher Doppelfunktionäre	171
1. Fragestellung und Rechtsprechung des Bundesgerichts	173
2. Zur grundsätzlichen Problematik von Doppelrollen	174
3. Mögliche Lösungsansätze	174
<i>a) Vorbefassung als Ansatz</i>	174
<i>b) Interessenkollision als Ansatz</i>	175
1. Hundertprozentige Beherrschung durch ein Gemeinwesen	176

2. Privatrechtliche Gesellschaftsformen ohne staatliches Delegationsrecht und mit Drittbeteiligung	176
3. Privatrechtliche Gesellschaftsformen mit staatlichem Delegationsrecht und mit Drittbeteiligung	178
4. Spezialgesetzliche Gesellschaftsformen	180
c) <i>Wettbewerbsneutralität als Ansatz</i>	180
4. Mögliche Lösungen	183
a) <i>Zusätzliche Ausstandsnormen</i>	183
b) <i>Vermeidung von Doppelrollen</i>	184
§ 9 «Ausnahmen» von der Ausstandspflicht	189
I. Zur Anwendbarkeit von Art. 36 BV	189
II. Tätigwerden der Behörde «in eigener Sache»	191
III. Anwendung «eigenen» Rechts	192
IV. Zeitliche Engpässe: «Gefahr im Verzug»	193
V. Personelle Engpässe: kleinräumige Verhältnisse	194
VI. Wahlgeschäfte	196
TEIL III: RECHTSFOLGEN DER AUSSTANDSPFLICHT	199
§ 10 Staatliche Aufklärungspflichten	199
I. Bekanntgabe der Zusammensetzung der Behörde	199
1. Inhalt der Mitteilung	199
2. Zeitpunkt und Form der Mitteilung	200
II. Offenlegung von Interessenbindungen	201
1. Offenlegung im Einzelfall	201
2. Generelle Offenlegungspflicht	202
§ 11 Ausstandsverfahren	203
I. Reguläres Ausstands- bzw. Ausschlussverfahren	203
1. Beachtung von Amtes wegen	203
2. Verfahren im Streitfall	204
II. Besonderheiten des Ablehnungsverfahrens	206
III. Zur Verwirkung der Geltendmachung	207
1. Rechtsprechung des Bundesgerichts	207
2. Treuwidrige Nichtgeltendmachung des Ausstands	208
3. Rechtsfolge bei treuwidrig verspäteter Geltendmachung	209
a) <i>Verwirkung der Geltendmachung?</i>	209
b) <i>Verhältnismässige Sanktionen</i>	211
4. Irrelevanz verspäteter Geltendmachung bei Nichtigkeit	211

§ 12 Verletzung von Ausstandsnormen	213
I. Form der Geltendmachung	213
II. «Formelle Natur» des Anspruchs auf Einhaltung der Ausstandsnormen	214
III. Wiederholung fehlerhafter Verfahrensabschnitte	216
IV. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit	217
TEIL IV: DAS VERHÄLTNISS DES ANSPRUCHS AUF UNBEFANGENE ENTSCHEIDSTRÄGER DER VERWALTUNG ZU ANDEREN GRUNDRECHTEN	221
§ 13 Abgrenzung und Verhältnis zu anderen Grundrechten	221
I. Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)	221
II. Anspruch auf richtige Zusammensetzung von Verwaltungsbehörden (Art. 29 Abs. 1 BV)	222
III. Petitionsrecht (Art. 33 BV)	224
§ 14 Behördemitglieder als Grundrechtsträger	227
I. Eingriff in klassische Freiheitsrechte	227
1. Allgemeine Bemerkungen	227
2. Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK)	228
3. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV; Art. 9 EMRK)	229
4. Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK)	229
5. Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV; Art. 11 EMRK)	231
6. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)	232
II. Eingriff in politische Rechte (Art. 34 BV)	233
1. Beschränkungen des aktiven und passiven Wahlrechts durch Unvereinbarkeits- und Ausstandsnormen	233
2. Voraussetzungen zum Erlass von Ausstandsnormen	234
Schlussfolgerungen	237
Anhang: Praxis der kantonalen Regierungen	241
Sach- und Personenregister	247