

---

# Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

---

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich  
von G. Biaggini, W. Haller, T. Jaag, A. Kölz, G. Müller, H. Rausch, M. Reich, D. Thürer  
und B. Weber-Dürler

---

Benjamin Schindler

## Die Befangenheit der Verwaltung

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

Schulthess § 2002

---

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungs- und Materialienverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXV
Fragestellung und Einleitung	1
TEIL I: GRUNDLAGEN	3
<b>§ 1 Thematische Eingrenzung</b>	3
I. Zum Begriff «Verwaltung»	3
II. Zum Begriff «Befangenheit»	6
<b>§ 2 Historischer Überblick</b>	9
I. Allgemeine Bemerkungen	9
II. Christlich-jüdische und römisch-rechtliche Tradition	11
III. Mythologie und Ikonographie	13
1. <b>Biblische Gestalten</b>	13
2. <b>Antike Helden</b>	14
3. <b>Allegorie der Justitia</b>	15
4. <b>Je ein Beispiel aus Basel und Bern</b>	16
IV. Alte Eidgenossenschaft	17
1. <b>Fehlende Gewaltentrennung</b>	17
2. <b>Zürcher Rechtsordnung im 18. Jahrhundert</b>	18
3. <b>Zürcher Landvögte als Beispiel</b>	20
V. Exkurs: Verbot der Annahme von Pensionen, Titeln, Orden und Geschenken	23
VI. Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert	24
1. <b>Entwicklung der Ausstandsnormen auf kantonaler Ebene (Beispiel Zürich)</b>	24
2. <b>Entwicklung der Ausstandsnormen im Bund</b>	27
<i>a) Für Mitglieder des Bundesrates</i>	27
<i>b) Für Angehörige der Bundesverwaltung</i>	28
3. <b>Ausbau einer unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit</b>	28
<i>a) Demokratisches Misstrauen als Hindernis</i>	28
<i>b) Ausbau auf kantonaler Ebene</i>	30
<i>c) Ausbau auf Bundesebene</i>	32
<i>d) 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
a) Entstehungsgeschichte	51
b) Systematische Stellung	52
c) Berücksichtigung in Rechtsprechung und Literatur	52
2. Kantonale Verfassungsnormen	53
3. Konventionsrecht	54
a) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)	54
b) UNO-Menschenrechtspakte und UNO-Resolution	55
c) Exkurs: EU-Grundrechtscharta	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
a) Instrumente der Rechtssetzung	57
1. Ausstandsnormen	57
2. Unvereinbarkeitsnormen	58
3. Strafrechtliche Normen	58
4. Pflichten zur Offenlegung von Interessenbindungen	59
5. Amtseid	59
b) Regelungsbereich und Regelungsstufe von Ausstandsnormen	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. <b>Rechtsprechung des Bundesgerichts</b>	65
2. <b>Differenzierte Betrachtungsweise</b>	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. <b>Anwendbarkeit auf alle «mitwirkenden» Personen</b>	74
2. <b>Anwendbarkeit auf natürliche Personen</b>	75
III. Sachlicher Umfang der Ausstandspflicht	78
1. <b>Beschränkung auf förmliche Verwaltungsverfahren</b>	78
2. <b>Allgemeingültigkeit des Unbefangenheitsgebotes –        beschränkte Geltung von Ausstandsnormen</b>	79
3. <b>Regierungsakte und Rechtssetzung</b>	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. <b>Informales Verwaltungshandeln</b>	82
5. <b>Problem der Geltendmachung und Überprüfbarkeit</b>	85
a) <i>Verfügungsgebundenheit des Rechtsschutzes</i>	85
b) <i>Ausschluss der Überprüfbarkeit</i>	86
6. <b>Fazit</b>	87
IV. Wirkungen der Ausstandspflicht	87
V. Unterscheidung von explizit genannten Ausstandsgründen und Generalklauseln	89
VI. Objektivierter Besorgnis der Befangenheit	91
1. <b>Subjektiv-objektiver Massstab</b>	91
2. <b>«Besorgnis der Befangenheit»</b>	92
VII. Nachweis der Ausstandsgründe	92

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

VII.	Gravierende Rechtsverletzungen und Verfahrensfehler	137
VIII.	Zusammentreffen verschiedener Umstände	139
§ 8	<b>Vorbefassung und funktionelle Doppelrollen</b>	143
I.	Vorbemerkungen	143
II.	Grundsätze	144
	1. <b>Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 1 BV</b>	144
	2. <b>Konkretisierung durch eidgenössisches und kantonales Recht</b>	146
	3. <b>Massgebende Kriterien</b>	146
	a) <i>Dieselbe Amtsperson</i>	147
	b) <i>Früherer Verfahrensabschnitt</i>	147
	c) <i>Amtliche Funktion</i>	148
	d) <i>Dieselbe Angelegenheit</i>	149
	e) <i>Dieselbe Fragestellung</i>	149
	4. <b>Systembedingte Ausnahmen</b>	150
	a) <i>Mehrfache Befassung unvermeidlich</i>	150
	b) <i>Disziplinarwesen</i>	151
	c) <i>Prüfungswesen</i>	152
III.	Ausstand in der verwaltungsinternen Rechtspflege	155
	1. <b>Zu Bedeutung und Funktion der verwaltungsinternen Rechtspflege</b>	155
	2. <b>Ausstand vorbefasster Einzelpersonen und Verwaltungseinheiten kraft gesetzlicher Regelung</b>	160
	3. <b>Ausstand vorbefasster Einzelpersonen und Verwaltungseinheiten kraft Bundesverfassung?</b>	162
	a) <i>Regelung in den Kantonen</i>	162
	b) <i>Rechtsprechung des Bundesgerichts</i>	163
	c) <i>Mitwirkung bei tatsächlicher Vorbefassung</i>	165
	d) <i>Mitwirkung bei systembedingter Nähe</i>	166
	e) <i>Anforderungen an letztinstanzlich entscheidende Regierungs- und Verwaltungsbehörden aus Art. 13 EMRK</i>	168
	4. <b>Fazit</b>	170
IV.	Ausstand staatlicher Doppelfunktionäre	171
	1. <b>Fragestellung und Rechtsprechung des Bundesgerichts</b>	173
	2. <b>Zur grundsätzlichen Problematik von Doppelrollen</b>	174
	3. <b>Mögliche Lösungsansätze</b>	174
	a) <i>Vorbefassung als Ansatz</i>	174
	b) <i>Interessenkollision als Ansatz</i>	175
	1. <b>Hundertprozentige Beherrschung durch ein Gemeinwesen</b>	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
<b>4. Mögliche Lösungen</b>	183
a) <i>Zusätzliche Ausstandsnormen</i>	183
b) <i>Vermeidung von Doppelrollen</i>	184
<b>§ 9 «Ausnahmen» von der Ausstandspflicht</b>	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
<b>TEIL III: RECHTSFOLGEN DER AUSSTANDSPFLICHT</b>	199
<b>§ 10 Staatliche Aufklärungspflichten</b>	199
I. Bekanntgabe der Zusammensetzung der Behörde	199
<b>1. Inhalt der Mitteilung</b>	199
<b>2. Zeitpunkt und Form der Mitteilung</b>	200
II. Offenlegung von Interessenbindungen	201
<b>1. Offenlegung im Einzelfall</b>	201
<b>2. Generelle Offenlegungspflicht</b>	202
<b>§ 11 Ausstandsverfahren</b>	203
I. Reguläres Ausstands- bzw. Ausschlussverfahren	203
<b>1. Beachtung von Amtes wegen</b>	203
<b>2. Verfahren im Streitfall</b>	204
II. Besonderheiten des Ablehnungsverfahrens	206
III. Zur Verwirkung der Geltendmachung	207
<b>1. Rechtsprechung des Bundesgerichts</b>	207
<b>2. Treuwidrige Nichtgeltendmachung des Ausstands</b>	208
<b>3. Rechtsfolge bei treuwidrig verspäteter Geltendmachung</b>	209
a) <i>Verwirkung der Geltendmachung?</i>	209
b) <i>Verhältnismässigere Sanktionen</i>	211
<b>4. Irrelevanz verspäteter Geltendmachung bei Nichtigkeit</b>	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