

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

#### 1.4 Grundrechte / Droits fondamentaux

(..) **Allgemeine Verfahrensgarantien. Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern, die in einem Preisgericht mitgewirkt haben, im Einspracheverfahren über das gleiche Bauvorhaben**

Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 26. Juni 2014, *A. und Erbgemeinschaft B. c. Küttel und Mitb.*, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, 1C\_914/2013 (auszugsweise publiziert in BGE 140 I 326 ff.)



**DANIELA THURNHERR**  
Prof. Dr. iur., LL.M., Universität Basel

### I. Zusammenfassung des Sachverhalts

Zwei Grundeigentümerinnen planten auf Grundstücken mit einer Gesamtfläche von rund 24'000 m<sup>2</sup> in der Gemeinde Vitznau (Luzern) den Bau eines Campus Hotels sowie mehrerer Villen. Im Frühling 2011 wurden acht Architekturbüros zur Erarbeitung einer Volumenstudie eingeladen. Das Preisgericht hatte jenes Projekt auszuwählen, das die Nutzungsmasse und das Raumprogramm der geplanten Überbauung unter siedlungsplanerischen und landschaftlichen Gesichtspunkten am besten umsetzt. Die Jury bestand aus zwei Vertretern der Bauherrschaft, zwei Mitgliedern von Schutzverbänden (Landschafts- und Heimatschutz) sowie dem Vitznauer Gemeindepräsidenten und jenem Gemeinderat, der das Amt des Bauverwalters innehatte. Die Preisrichter entschieden sich einstimmig für die Volumenstudie des Architekturbüros I.

Der gestützt auf die ausgewählte Volumenstudie erarbeitete Gestaltungsplan «Panorama Residenz Vitznau» lag ab dem 22. Oktober 2012 öffentlich auf. Gegen den Gestaltungsplan erhoben A. und die Erbgemeinschaft B. als Eigentümerinnen der an den Planperimeter angrenzenden Grundstücke Einsprache. Sie beantragten in formeller Hinsicht den Ausstand des Gemeindepräsidenten sowie des Gemeinderats und Bauverwalters, die beide als Preisrichter amtierten, beim Entscheid über die Einsprachen und die Genehmigung des Gestaltungsplans. Mit Zwischenentscheid vom 30. April 2013 wies der Gemeinderat Vitznau die Ausstandsbegehren ab. Die von den Einsprecherinnen dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Kantonsgericht Luzern am 12. November 2013 abgewiesen. Mit gemeinsamer

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gelangten A. und die Erbgemeinschaft B. daraufhin an das Bundesgericht und beantragten, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben.

### II. Zusammenfassung der Erwägungen

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die beiden Gemeinderatsmitglieder «nicht als Privatpersonen, sondern als Vertreter der Gemeinde, das heisst in amtlicher Funktion, Einsitz in der Jury» hatten. Streitig ist daher, ob sie aufgrund ihrer Preisrichtertätigkeit bezüglich des anstehenden Entscheids über die Einsprachen und die Genehmigung des Gestaltungsplans in verfassungswidriger Weise vorbefasst sind (E. 2).

Anders als die Vorinstanz bejaht das Bundesgericht diese Frage. Ausgangspunkt der bundesgerichtlichen Argumentation bilden Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wonach jede Person Anspruch darauf hat, dass ihre Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Bei der Beurteilung der Vorbefassung fällt gemäss den bundesgerichtlichen Ausführungen in Betracht, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu berücksichtigen sind zudem der Umfang des Entscheidungsspielraums sowie die Bestimmtheit der im Rahmen der ersten Befassung getätigten Aussage (E. 5.1).

Für nichtgerichtliche Behörden – wie vorliegend die Mitglieder des Gemeinderats – seien die erwähnten Bestimmungen zwar nicht einschlägig. Der hier zur Anwendung gelangende Art. 29 Abs. 1 BV verlange aber ebenfalls, dass in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts noch keine Festlegung stattgefunden habe. Dennoch könnten die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit «nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden». Ursächlich dafür seien die Kumulation verschiedener, auch politischer Aufgaben bei Exekutivbehörden sowie die Verantwortung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Im Fall systembedingter Mehrfachbefassungen bestehe daher keine unzulässige Vorbefassung (E. 5.2).

Das Bundesgericht stellt anschliessend fest, die beiden Gemeinderatsmitglieder würden sich mit verschiedenen Fragen – etwa jenen der siedlungsgerechten und landschaftsverträglichen Einordnung der geplanten Überbauung – zweimal befassen: erstens bei der Beurteilung der Volumenstudien und zweitens beim Entscheid über die Einsprachen und der Plangenehmigung. Im Rahmen der

Beurteilung der Verfassungsmässigkeit dieses Vorgehens führt das Bundesgericht zunächst aus, dass insbesondere bei Grossprojekten vorprozessuale Abklärungen und Verhandlungen der Prozessökonomie dienen können. Die daraus resultierende Mehrfachbelastung könne daher im öffentlichen Interesse liegen: «Anders zu entscheiden hiesse, das tatsächliche Verwaltungshandeln als Mittel für eine effiziente und sachgerechte Entscheidungsfindung bereits im Ansatz zu unterbinden und so die Aufgabenerfüllung der Verwaltung in unzulässiger Weise zu erschweren» (E. 6.1).

Äusserungen von Amtspersonen im Vorfeld eines förmlichen Verfahrens müssen aber den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) wahren. Die faktische (Selbst-)Bindungswirkung von informellen Absprachen liesse die Einsprecher berechtigterweise befürchten, dass die vorbefasste Behörde nicht mehr im Stande sei, im förmlichen Stadium vorgebrachte Einwände offen und unabhängig zu prüfen. Allfällige behördliche Stellungnahmen dürften daher in keiner Weise den Anschein erwecken, dass sich die vorbefasste Person in Bezug auf das anstehende Verfahren bereits festgelegt hat. Unter Hinweis auf das ergänzende Argument der spezifischen Funktion des anstehenden Einspracheverfahrens gelangt das Bundesgericht daher zum Schluss, die Zulässigkeit der Vorbefassung der Gemeinderatsmitglieder sei «sinngemäss nach denselben Kriterien zu beurteilen, wie sie das Bundesgericht für die Gerichtsverfahren entwickelt hat» (E. 6.2).

Unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Referentensystem, wonach für die Verfassungskonformität entscheidend ist, «ob der Ausgang des Verfahrens für die Betroffenen erkennbar nach wie vor offen erscheint», unterscheidet das Bundesgericht zwischen der unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Fragen, der Beantwortung konkreter Fragen, der eigentlichen Beratung der Bauherrschaft und dem verbindlichen Vorentscheid. Während erstere nicht in einer unzulässigen Vorbefassung resultiere, stellt das Bundesgericht im Übrigen primär auf den Detailliertheitsgrad der Beratung sowie darauf ab, ob vor Berücksichtigung allfälliger Drittinteressen verbindliche Zusagen gemacht werden (E. 6.3).

Ausschlaggebend für die Bejahung einer unzulässigen Vorbefassung in casu ist, dass die Preisrichter die ihnen vorgelegten Überbauungskonzepte im Wesentlichen nach siedlungsplanerischen, landschaftlichen und erschliessungsmässigen Gesichtspunkten und damit nach jenen Kriterien beurteilt haben, nach denen auch die Rechtmässigkeit eines Gestaltungsplans zu überprüfen ist (E. 7.1). Der erhebliche Beurteilungsspielraum verstärke den Anschein der Befangenheit zusätzlich (E. 7.3).

### III. Bemerkungen

#### A. Zur Geltung des Unbefangenheitsgebots bei der Plangenehmigung

Im Zentrum der bundesgerichtlichen Erwägungen steht die *Tragweite* des Unbefangenheitsgebots von Art. 29 Abs. 1 BV – konkret der *Grenzen zulässiger Vorbefassung* – bei der Genehmigung eines Gestaltungsplans. Als selbstverständlich vorausgesetzt wird dabei die nicht weiter erörterte grundsätzliche *Geltung* der allgemeinen Verfahrensgarantien in dieser Konstellation.

Das Bundesgericht zeigte sich in früheren Entscheiden zurückhaltend, das Unbefangenheitsgebot auch in Planungsverfahren gelten zu lassen. So negierte es eine aus Art. 4 BV 1874 abgeleitete Ausstandspflicht eines Gemeinderatsmitglieds, das im Planungsgebiet über Land verfügte und deshalb am Ausgang des Verfahrens ein privates Interesse hatte. Wegleitend waren dabei folgende Überlegungen: Die Behörden seien bei der Planung primär mit der – von der Rechtsanwendung zu unterscheidenden – Erfüllung öffentlicher Aufgaben und der Erreichung politischer Ziele betraut. Aufgrund der Kleinräumigkeit der Verhältnisse würde eine generelle Ausstandspflicht in solchen Fällen überdies eine erhebliche Erschwernis der kommunalen Selbstverwaltung im Planungswesen bedeuten (BGer, Urteil vom 9. Mai 1979, in: ZBl 80 [1979], 488 f.; bestätigt in BGer, Urteil 1P.426/1999 vom 20. Juni 2000, E. 2a/aa, in: ZBl 103 [2002], 36, 37). In einem späteren Entscheid betreffend einen Gemeindeammann, der als Präsident der Planungskommission mit kontroversen Entscheiden bezüglich Grundstücken der Familie seiner Ehefrau befasst war, bejahte das Bundesgericht unter Hinweis auf die Kumulation leitender Funktionen demgegenüber den objektiven Anschein der Befangenheit (BGer, Urteil 1P.316/2003 vom 14. Oktober 2003, E. 3.6.2 und 3.6.3, in: ZBl 106 [2005], 623, 640 ff.).

Der vorliegende Entscheid lässt sich trotz der Abwesenheit grundsätzlicher Erwägungen zur Geltung des Unbefangenheitsgebots bei planungsrechtlichen Entscheiden nicht dahingehend verstehen, dass das Bundesgericht an Planungsverfahren nun dieselben Anforderungen wie an Verfügungsverfahren statuieren würde. Erstens steht ein privater Gestaltungsplan zur Diskussion, der die Überbauung eines zusammenhängenden Gebiets betrifft. Aufgrund von dessen Konkretisierungsgrad (zu den Charakteristika des Gestaltungsplans statt vieler ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014, 58) weist die Genehmigung eine gewisse Nähe zu individuell-konkreten baurechtlichen Entscheiden auf und unterscheidet sich insofern von Plänen mit allgemeinerem Inhalt. Zweitens stellt sich hier, anders als in den erwähnten

Entscheiden, die Frage der *Vorbefassung* und nicht jene der Parteilichkeit.

## B. Vorbefassung in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden: Parallelen und Unterschiede

Das Bundesgericht nimmt ausführlich Bezug auf das Verbot der Vorbefassung im *gerichtlichen Verfahren*. Die diesbezüglichen verfassungs- und menschenrechtlichen Anforderungen bilden Ausgangspunkt und breit erörterter Orientierungsrahmen der Argumentation. Zwar zeugen verschiedene Erwägungen durchaus von einem differenzierten Verständnis des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens: Unter Bezugnahme auf das gerichtliche Verfahren werden als Kriterien für die Ausstandspflicht zunächst die sich in beiden Verfahrensabschnitten stellenden Fragen, der rechtliche Entscheidungsspielraum und die Bestimmtheit der einzelnen Entscheide erwähnt (E. 5.1). Für das Verwaltungsverfahren wird dieser Kriterienkatalog insofern modifiziert, als eine im öffentlichen Interesse liegende amtliche Mehrfachbefassung nicht bereits für sich zu einer unzulässigen Vorbefassung führt. Entscheidend seien vielmehr Verfahrensart, Funktion oder Streitgegenstand des Verfahrens (E. 5.2). Darüber hinaus werden zwei Extreme benannt und aus verfahrensgrundrechtlicher Warte beleuchtet: die unverbindliche Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen (als schwächste Form vorgängiger Verständigung) einerseits und die umfangreiche und detaillierte Beantwortung konkreter, projektbezogener Fragen (als intensivste Art behördlicher Zusagen, sieht man von einem förmlichen Vorentscheid ab) andererseits. Für die Entscheidung des vorliegenden Streitfalls mögen diese Hinweise ausreichend sein. Es resultieren daraus aber nur vage Leitlinien für die Beurteilung anderer, weniger eindeutiger Konstellationen (positiver demgegenüber die Einschätzung von GEROLD STEINMANN in: ZBl 115 [2014], 552, 564).

Bei der Frage der Ausstandspflicht aufgrund einer Vorbefassung stellen sich – anders als bei derjenigen der Parteilichkeit – im nichtstreitigen und im gerichtlichen Verfahren teilweise unterschiedliche Fragen (die herrschende Lehre betont demgegenüber primär die Parallelen; siehe etwa STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 10 Rz. 11 ff.): Zum einen sind informelle Kontakte zwischen den Geschützten und den Behörden im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren an der Tagesordnung, während solche im gerichtlichen Verfahren grundsätzlich verpönt sind. So begründen bereits einseitige Kontakte eines gerichtlichen Experten mit einer Partei den Anschein der Befangenheit (siehe bspw. BGer,

Urteil 4P.254/2006 vom 6. Dezember 2006, E. 2.2). Auch sind im gerichtlichen Verfahren selektive Absprachen zu materiell-rechtlichen Fragen unter Einbezug nur eines Teils der Parteien grundsätzlich unzulässig. Zum anderen unterscheiden sich die unter dem Titel des Referentensystems abgehandelten Konstellationen in ihrer Struktur massgeblich von den informell-konsensualen Vorabsprachen. Sie kennzeichnen sich dadurch, dass vor Ausfällung des förmlichen Entscheids eine für den Beschwerdeführer negative Einschätzung der Erfolgsaussichten ergeht, die die Frage der Bereitschaft einer späteren Abkehr aufwirft. Bei individuell-konsensualen Vorabsprachen hat der Verfügungsdressat demgegenüber ein eminentes Interesse an der späteren Beachtung des ursprünglich Zugesagten, während sich Dritte dadurch in ihren Rechten beschnitten fühlen.

Die Problematik der Vorbefassung durch Vorschaltung eines informellen Stadiums, an dem regelmässig nur ein Teil der Parteien partizipiert, lässt sich aus zwei Blickwinkeln beleuchten: Zum einen kann das informelle Vorstadium als «Verfahren vor Verwaltungsinstanzen» i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV verstanden werden, dessen Ausgestaltung ebenfalls für eine gleiche und gerechte Behandlung bürgen muss (dazu DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Habil. Basel, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 34 ff.). Zum anderen resultieren aus den Vorabsprachen insofern Konsequenzen für die gleiche und gerechte Behandlung im späteren förmlichen Verfahren, als einerseits die Problematik der Vorbefassung evident wird und andererseits die effektive Entfaltung der Verfahrensgarantien, namentlich des Gehörsrechts (Art. 29 Abs. 2 BV), zu klären ist.

Die starke Ausrichtung auf das gerichtliche Verfahren und die Anlehnung an die dort geltenden Kriterien mag aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung gerechtfertigt sein und sich aufgrund der ausdifferenzierten Judikatur geradezu aufdrängen. Den Eigenheiten der Kombination eines informellen mit einem förmlichen Verfahrensstadium wird dadurch allerdings nicht hinreichend Rechnung getragen. Nachfolgend soll die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem legitimen Interesse an informellen Vorabsprachen einerseits und dem Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung andererseits daher präzisiert werden.

## C. Informelle Vorabsprachen im Spannungsfeld von Prozessökonomie, Effektivität und Fairness

Informelle Vorabsprachen kennzeichnen sich dadurch, dass sie einen förmlichen Entscheid nicht ersetzen, sondern lediglich vorbereiten. Es findet eine Unterteilung des Verfahrens in zwei Phasen statt, wobei gewisse Fragen in ein informelles Vorstadium verlagert werden, welches seinen Abschluss in einer nicht mit rechtlicher Bindungswir-

kung ausgestatteten Abmachung oder behördlichen Aussage findet. Nichts geändert wird indes an der Tatsache der Durchführung eines förmlichen Verfahrens über den zur Diskussion stehenden Gegenstand sowie an der einseitig-hoheitlichen und rechtlich verbindlichen Qualität des letztlich angestrebten Verfahrensergebnisses.

Einerseits bestehen legitime Interessen an informellen Absprachen: Vorverhandlungen ermöglichen in erster Linie eine frühzeitige Verständigung zwischen der Verwaltung und dem privaten Vorhabenträger über die Voraussetzungen der Genehmigungsfähigkeit eines bestimmten Projekts. Sie dienen der *Prozessökonomie*, welche in komplexen und entscheidungsoffenen Konstellationen für eine gewisse Vorstrukturierung sprechen kann (so auch das Bundesgericht in E. 6.1). Angesichts der Unbestimmtheit der einschlägigen Normen, welche in lediglich reduziertem Masse für Rechtssicherheit garantieren und dazu führen, dass der Private teilweise nicht in der Lage ist, die Realisierungschancen zuverlässig abzuschätzen, kommt diesem Vorgehen primär kompensatorische Funktion zu. Lässt sich ein Projekt nicht wie beantragt oder mit allfälligen Auflagen, sondern nur über die Einreichung eines erneuten Gesuchs bewilligen, gestaltet sich die Situation sowohl für den Privaten als auch die involvierte Behörde zeit- und ressourcenaufwändig. Setzt die Kooperation bereits im Stadium der Vorbereitung des Antrags ein und verständigen sich beide Seiten über bestimmte Voraussetzungen der späteren Genehmigung, wird Planungs- und Investitionssicherheit geschaffen und eine beachtliche Zeitersparnis erreicht, indem die behördliche Auffassung zur Sach- und Rechtslage bei der (erstmaligen) Gesuchsausarbeitung berücksichtigt werden kann. In dieselbe Waagschale zu legen ist auch das Interesse an der effektiven und effizienten Durchsetzung des Rechts. In Regelungsbereichen wie den umweltrechtlichen Sanierungsbestimmungen, die eine erhöhte Anfälligkeit für Vollzugsdefizite bergen, können Vorabsprachen die Normbefolgungsbereitschaft stärken. Sie dienen insofern als ergänzende Steuerungsoptionen.

Andererseits gewährleistet Art. 29 BV elementare Fairnessgarantien. Deren Kernelemente, das Unbefangengebot und der Gehörsanspruch, fliessen bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Vorabsprachen zusammen: Vorabsprachen entfalten faktische Bindungswirkungen; das förmliche Verfahren droht «zur blossen rituellen Ratifikation des Konsenses» (MICHAEL FEHLING, Informelles Verwaltungshandeln, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. A., München 2012, § 38 Rz. 40) zu werden. Haben sich die Entscheidungsträger bereits festgelegt, sind sie nicht mehr unbefangen. Gleich-

zeitig ist davon auszugehen, dass das Gehörsrecht Dritter leere Formalität bleibt, da es kaum noch in der Lage ist, den Entscheid effektiv zu beeinflussen.

#### D. Zulässigkeit und Grenzen von Vorabsprachen

Vorabsprachen sind aus dieser Warte als Abweichungen von einer strikten prozeduralen Gleichbehandlung zu qualifizieren. Bei den Verfahrensgarantien ist (Ausnahmen vorbehalten) ein zweistufiges Vorgehen mit einer voneinander getrennten Schutzbereichs- und Eingriffsprüfung nicht angebracht, da der Grundrechtsanspruch selbst nicht präzise feststeht und sich die beiden Fragen daher nicht klar auseinander halten lassen. Diese Ausgangslage macht es erforderlich, ihnen unter *Berücksichtigung und Abwägung sämtlicher involvierter Interessen im konkreten Einzelfall* festere Konturen zu verleihen (dazu THURNHERR, a.a.O., Rz. 304 f.).

Selective Vorabsprachen als Abweichungen von der prozeduralen Gleichbehandlung rechtfertigen sich nur, wenn sich für eine solche Verfahrensgestaltung *sachliche Gründe* anführen lassen. Im Zentrum steht dabei das Gebot der Prozessökonomie bzw. der effektiven Rechtsdurchsetzung (dazu vorne C.). Damit diese Interessen im konkreten Fall greifen, ist erforderlich, dass die Komplexität der Sach- bzw. Rechtslage oder (bei nicht mitwirkungsbedürftigen Verfügungen wie Sanierungsanordnungen) eine gewisse Gefahr mangelhaften Vollzugs besteht. Ausserhalb dieser Konstellationen bleibt in Verfahren mit Drittbetroffenen kein Raum für Vorabsprachen.

Unter dem Titel der *Verhältnismässigkeit* ist zwei Aspekten Aufmerksamkeit zu schenken: zum einen der *Reichweite (d.h. dem Inhalt und Bestimmtheitsgrad) von Vorabsprachen* und zum anderen deren *prozeduraler Abfederung* durch Kompensationsmechanismen. Mit Blick auf die Reichweite von Vorabsprachen sind aus einer ex ante-Perspektive insbesondere das effektive Gewicht des vorab identifizierten öffentlichen Interesses am informellen Austausch und die sich in beiden Verfahrensabschnitten stellenden Fragen (zum zweitgenannten Aspekt auch E. 5.1) zu berücksichtigen. Unter keinen Umständen zulässig wäre die abschliessende Beantwortung konkreter Fragen, die im förmlichen Hauptstadium im Zentrum stehen. Solche würden den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung seines Gehalts entleeren. Als grundsätzlich zulässig zu erachten ist demgegenüber die – im Entscheid des Bundesgerichts nicht angesprochene und von der verschiedentlich thematisierten Beratertätigkeit (E. 3, 4, 6.3, 7.2 und 7.4) zu unterscheidende – gemeinsame Thematisierung möglicher Vorgehensweisen mit dem Ziel, den Privaten Anhaltspunkte im Hinblick auf das weitere Vorgehen zu vermitteln. Rechnung zu tragen ist schliesslich auch der Bedeutung der Gehörsgewährung zu Gunsten Dritter für einen sachrichtigen

Entscheid, die zum Schluss führen kann, dass sich die Behörde vor der Anhörung in keinerlei Weise festlegen darf.

Zugunsten einer gewissen Grosszügigkeit bei der Beurteilung der Zulässigkeit solcher Absprachen (die dem gerichtlichen Prozess, wie erwähnt, fremd sind, im Verwaltungsverfahren aber ein Faktum bilden) ist sodann ins Feld zu führen, dass Möglichkeiten der *verfahrensrechtlichen Abfederung* der Ungleichbehandlung bestehen. Es sind daher Mechanismen zu etablieren, welche sicherstellen, dass informales Handeln «von Beginn weg mit der nötigen Fairness und Transparenz» erfolgt (BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002, 83 [Hervorhebung im Original]). Diese sind in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Zum einen bilden sie mildere Mittel im Vergleich zu einer ausgeprägteren Ungleichbehandlung. Zum anderen führen sie dazu, dass sich Vorabsprachen, die einem eminenten Bedürfnis entsprechen, eher rechtfertigen lassen.

Der Schlüssel zur Sicherstellung effektiver Einflussmöglichkeiten durch Relativierung der faktischen Bindungswirkung liegt in der Schaffung von *Transparenz* bezüglich der informellen Vorabsprache. Existieren sachliche Gründe für selektive Vorverhandlungen, resultiert daraus eine kompensatorische Pflicht zu deren *Offenlegung im förmlichen Verfahrensstadium*. Die tangierten Dritten werden dadurch in die Lage versetzt, die Rechtmässigkeit des vorab Vereinbarten zu evaluieren und anschliessend bei der Ausübung des Gehörsrechts gezielt dazu Stellung zu nehmen. Gleichzeitig entfaltet ein solches Vorgehen präventive Wirkung gegen behördliche Obstruktion, da es der Verwaltung verunmöglicht wird, das informell Vereinbarte unbemerkt in Verfügungsform zu giessen. Den Interessen des privaten Absprachepartners wird dadurch ebenfalls Rechnung getragen: Zum einen behalten die Vorverhandlungen aufgrund der Limitierung des Teilnehmerkreises ihren unbürokratischen Charakter, zum anderen können sie im Falle ihrer Rechtmässigkeit und Angemessenheit Wirkungen entfalten. Die Reichweite der Transparenzschaffung hat dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Vorverhandlungen oftmals mündlich geführt werden. Um die latente Gefahr des Ausweichens in neue informelle Nischen zu bannen, ist von aufwändigen Schriftefordernissen abzusehen. Existieren schriftliche Unterlagen, sind diese im förmlichen Verfahrensstadium allerdings offen zu legen.

Das Bundesgericht misst bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Vorbefassung drei Argumenten besondere Bedeutung zu. Diese, namentlich das *Einspracheverfahren*, der *Entscheidungsspielraum* und der *Anschein der Voreingenommenheit*, sind kritisch zu beleuchten und in Relation zum vorstehend erläuterten Prüfprogramm zu stellen.

So wird betont, dass angesichts der «herausragende[n] Bedeutung der Einsprache zur Gewährleistung des Gehörsanspruchs Dritter [...] informelles Verwaltungshandeln im Vorfeld der öffentlichen Planaufgabe den Einspracheentscheid in keiner Weise vorwegnehmen» dürfe (E. 6.2). Dem ist insofern beizupflichten, als zum Zeitpunkt der Gehörs-gewährung tatsächlich eine reelle Möglichkeit der Beeinflussung des Entscheids bestehen muss. Allerdings beurteilt sich die Zulässigkeit selektiver Vorabsprachen auch bei einem Einspracheverfahren gestützt auf eine umfassende Interessenberücksichtigung, im Rahmen derer unter anderem zu klären ist, welche Bedeutung der Terminierung der Vorbringen Dritter im Hinblick auf einen sachrichtigen Entscheid zukommt. Die Existenz eines Einspracheverfahrens mag ein Indiz für die grosse Bedeutung des Gehörsrechts darstellen; diese Folgerung lässt sich allerdings nicht pauschal ziehen.

Der verschiedentlich erwähnte Anschein der Voreingenommenheit (siehe E. 5.1, 6.2, 6.3 und 7.3) ist von der tatsächlichen Befangenheit zu unterscheiden. Er senkt die Voraussetzungen der Ausstandspflicht, indem nicht von Belang ist, ob sich ein Behördenmitglied subjektiv tatsächlich gebunden fühlt. Seine Bedeutung bei der Prüfung der Zulässigkeit von Vorabsprachen scheint nicht völlig geklärt. Da Vorabsprachen das Ziel verfolgen, bestimmte Fragen vorab zu erörtern, könnte sich stets ein gewisser Anschein der Befangenheit einstellen. Dass die Hürden mit Blick auf das legitime Bedürfnis nach Vorabsprachen daher höher zu setzen sind, bringt auch das Bundesgericht zum Ausdruck, wenn es vom *Anschein der Festlegung* (E. 6.2) bzw. vom *Anschein, sich nicht mehr lösen zu können* (E. 7.3) spricht. Diese Kriterien sind in erster Linie bei der Beurteilung von Inhalt und Bestimmtheitsgrad der Absprache von Bedeutung.

Dem Bundesgericht ist schliesslich zu folgen, wenn es festhält, dass sich der Anschein der Befangenheit bei einem grossen *Entscheidungsspielraum* verstärkt (E. 5.1 und 7.3). Allerdings wecken gerade entscheidungsoffene und schwach determinierte Regelungsbereiche ein grösseres Bedürfnis nach informellen Vorabsprachen. Wäre in diesen Konstellationen informell-kooperatives Verwaltungshandeln tendenziell untersagt, käme dieses wohl kaum mehr zum Tragen. Dessen Zulässigkeit bedingt vielmehr, dass Entscheidungsspielräume belassen werden und Transparenz über die Absprachen und ihren Inhalt geschaffen wird. Zwar ist, wie in E. 7.3 ausgeführt, die gerichtliche Überprüfung in solchen Fällen beschränkt. Kompensatorisch wirken kann allerdings eine intensivere Prüfung der Einhaltung der verfahrensrechtlichen Vorgaben. So wäre vor allem bei der Beurteilung der Begründung eingehend zu eruieren, ob von dritter Seite eingebrachte Vorbringen, die sich

spezifisch auf die im informellen Vorstadium thematisierten Fragen beziehen, hinreichend gewürdigt worden sind.

#### IV. Fazit

Die Bejahung der Ausstandspflicht ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Zwar kann in Konstellationen wie der vorliegenden durchaus ein prozessökonomisch begründetes legitimes Interesse an informellen Kontakten im Vorfeld des förmlichen Verfahrens bestehen. Die im informellen Stadium zu beantwortenden Fragen deckten sich allerdings partiell mit den im Genehmigungsverfahren zu beantwortenden; zudem wiesen die Entscheidungen der involvierten Behördenmitglieder einen Detailliertheitsgrad auf, der das Genehmigungsverfahren als nicht mehr offen erscheinen liess.

Das Bundesgericht vermittelt mit diesem Entscheid durchaus gewisse Anhaltspunkte für die Beurteilung der Zulässigkeit von informellen Vorabsprachen, die im Spannungsfeld zum Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) stehen. Die zahlreichen Querbezüge zum gerichtlichen Verfahren tragen den Eigenheiten des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens bzw. der spezifischen Situation bei informellen Vorabsprachen indes nicht hinreichend Rechnung. Wenngleich die Praxis zur Vorbefassung kasuistisch geprägt bleiben wird (siehe REGINA KIE-  
NER, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2014, § 5a Rz. 26), ist die rechtsstaatliche Bewältigung solcher Standardkonstellationen auf die Etablierung möglichst problemadäquater Kriterien angewiesen.