

- 521 **Das Recht auf eine gute Verwaltung – eine beachtenswerte Idee in fragwürdiger Gestalt.**  
*Peter Karlen*
- 

- 523 **Der Dialog zwischen Regierung und Parlament. Zum Verhältnis der staatsleitenden Organe in den Kantonen.**  
*Kurt Nuspliger und Jana Mäder*
- 

## Rechtsprechung

- 552 Planungs- und Baurecht – Verfahren. Luzern. Unvoreingenommenheit von Behördenmitgliedern, Vorbefassung, Mitwirkung am Verfahren der Einsprache und Genehmigung eines kommunalen Gestaltungsplans nach vorgängiger Projektbeurteilung im Rahmen eines privaten Wettbewerbs; Art. 29 Abs. 1 BV.  
Kommentar (*Gerold Steinmann*)
- 564 Verfahren. Aargau. Ausschluss einer Entschädigung für nicht patentierte Rechtsvertreter im Verwaltungsbeschwerdeverfahren; Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV, § 29 VRPG/AG.  
Kommentar (*Christoph Auer*)
- 

## Besprechung

- 572 *Haller Walter/Kölz Alfred/Gächter Thomas: Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl. (Lorenz Langer)*

# Planungs- und Baurecht – Verfahren

## LUZERN

Unvoreingenommenheit von Behördenmitgliedern, Vorbefassung, Mitwirkung am Verfahren der Einsprache und Genehmigung eines kommunalen Gestaltungsplans nach vorgängiger Projektbeurteilung im Rahmen eines privaten Wettbewerbs; Art. 29 Abs. 1 BV. Grundsätze der Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit von Gerichtspersonen nach Art. 30 Abs. 1 BV; Praxis zur Vorbefassung (E. 5.1). Anforderungen an die Unvoreingenommenheit von nicht gerichtlichen Behörden gemäss Art. 29 Abs. 1 BV; Kriterien der Beurteilung von Mehrfachbefassungen; Hinweise auf die Praxis (E. 5.2). Vorteile und Gefahren vorprozessualer Befassung, insbes. mit Blick auf grössere Vorhaben aus dem Bereich des Bau- und Planungsrechts; Umfang von zulässiger behördlicher Mitwirkung; die vorliegende Konstellation verlangt für die Beurteilung von Mehrfachbefassungen einen strengen Massstab (E. 6). Beurteilung im konkreten Fall: Die Prüfung der Projektstudien richtete sich nach weitgehend gleichen Kriterien wie die Genehmigung des Gestaltungsplans; die Auswahl eines Projekts kommt der förmlichen Genehmigung sehr nahe; bei der Genehmigung steht den Behörden ein weiter, in einem gerichtlichen Verfahren nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum offen; gesamthaft wird der Verdacht der Voreingenommenheit erweckt und haben die Gemeindevertreter in den Ausstand zu treten (E. 7).

(Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 26. Juni 2014, 1C\_914/2013, amtliche Publikation vorgesehen.)

Die G. AG ist Eigentümerin der in der Kur- und Sportzone von Vitznau befindlichen Parzellen Nrn. 353 und 641 (Grundbuch Vitznau). Der H. AG gehören die in der eingeschossigen Wohnzone gelegenen Grundstücke Nrn. 152, 153 und 354. Diese Grundstücke erstrecken sich über eine Gesamtfläche von rund 24 000 m<sup>2</sup> am Hang hinter dem Park Hotel Vitznau. Die beiden Grundeigentümerinnen planen auf dem betreffenden Perimeter den Bau eines Campus Hotels und mehrerer Villen.

Hierfür lud die G. AG im Frühling 2011 acht Architekturbüros zur Erarbeitung einer Volumenstudie ein. 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 Gemeindepräsidenten Noldi Küttel und dem Gemeinderat/Bauverwalter Alex Waldis. Die Preisrichter entschieden sich einstimmig für die Volumenstudie des Architekturbüros I.

Gestützt auf die ausgewählte Volumenstudie wurde der Gestaltungsplan «Panorama Residenz Vitznau» erarbeitet und öffentlich aufgelegt. Dagegen erhoben A. und die Erbgemeinschaft B. als Eigentümerinnen der an den Planperimeter angrenzenden Grundstücke Einsprache. Sie beantragten in formeller Hinsicht, der Gemeindepräsident Noldi Küttel sowie der Gemeinderat/Bauverwalter Alex Waldis hätten beim Entscheid über die Einsprachen und die Genehmigung des Gestaltungsplans in den Ausstand zu treten, da diese als Mitglieder der Jury bereits an der Auswahl der zugrunde liegenden Volumenstudie beteiligt gewesen waren.

Mit einem Zwischenentscheid wies der Gemeinderat Vitznau die Ausstandsbegehren der Einsprecherinnen ab. Die beim Kantonsgericht Luzern erhobene Beschwerde blieb erfolglos. Schliesslich haben die Einsprecherinnen *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* erhoben. Das Bundesgericht heisst deren Beschwerde *gut*, hebt den angefochtenen Entscheid auf und verpflichtet den Gemeindepräsidenten Noldi Küttel und den Gemeinderat/Bauverwalter Alex Waldis, beim Entscheid über die Einsprachen und die Genehmigung des Gestaltungsplans in den Ausstand zu treten. Aus den *Erwägungen*:

2. Die Gemeinderatsmitglieder hatten nicht als Privatpersonen, sondern als Vertreter der Gemeinde, das heisst in amtlicher Funktion, Einsitz in der Jury. Dass sie an der Sache darüber hinaus eigene Interessen hätten (vgl. § 14 Abs. 1 lit. a des Gesetzes des Kantons Luzern über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 [VRG; SRL 40]), bringen die Beschwerdeführer nicht vor.

Streitig ist, ob der Gemeindepräsident Noldi Küttel und der Gemeinderat/Bauverwalter Alex Waldis aufgrund ihrer Preisrichtertätigkeit in einer Weise vorbefasst sind, dass sie in Bezug auf den anstehenden Entscheid über die Einsprachen und die Genehmigung des Gestaltungsplans voreingenommen erscheinen.

3. Die Vorinstanz hat eine unzulässige Vorbefassung verneint. Die Beschwerdeführer erkennen darin eine Verletzung ihres Anspruchs auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV).

Zudem rügen sie die willkürliche Anwendung von § 14 Abs. 1 lit. e und g VRG. Danach befindet sich im Ausstand, wer in der gleichen Sache als Gutachter oder Berater gehandelt hat oder aus einem anderen sachlich vertretbaren Grund als befangen erscheint. Weder machen die Beschwerdeführer geltend, das kantonale Recht reiche weiter als Art. 29 Abs. 1 BV, noch bringen sie etwas vor, was nicht auch bei der Prüfung der geltend gemachten Verletzung der genannten Verfassungsnorm zu berücksichtigen wäre. Diesen Rügen kommt daher keine eigenständige Bedeutung zu.

Der angefochtene Entscheid ist somit unter dem Blickwinkel des Anspruchs auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV zu prüfen und zwar mit freier Kognition (BGE 108 Ia 48 E. 2 S. 50).

4. Die Vorinstanz hat eine Ausstandspflicht von Noldi Küttel und Alex Waldis verneint. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Beurteilung des Preisgerichts habe sich auf allgemein gehaltene Kriterien beschränkt. Die Stellungnahme der Gemeinderatsmitglieder als Preisrichter sei somit nicht hinreichend bestimmt gewesen, um in Bezug auf das Gestaltungsplanverfahren eine unzulässige Vorbefassung zu bewirken. Es sei für alle Beteiligten klar gewesen, dass das siegreiche Projekt weiterbearbeitet und erst damit Grundlage für den Gestaltungsplan bilden sollte. An dieser Erkenntnis ändere nichts, dass die Volumenstudie hinsichtlich Erscheinung und Gestaltung für die geplante Überbauung wegweisend gewesen sei. Ein frühzeitiger Beizug der Gemeindevertreter mache im Übrigen vor allem bei komplexen und sensiblen Bauprojekten, wie dem vorliegenden, Sinn und erscheine in Anbetracht der Verantwortung des Gemeinderates zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerechtfertigt. Eine allzu strenge Optik in der Ausstandsfrage, die jedes kooperative Handeln zwischen Bauherrschaft und Baubehörde schon im Ansatz verhinderte, widerspräche dem Gebot einer effizienten und sachgerechten Erledigung von Planungs- und Baubewilligungsverfahren.

Die Beschwerdeführer halten dem im Wesentlichen entgegen, die Preisrichtertätigkeit von Behördenmitgliedern, die anschliessend in derselben Sache hoheitlich entschieden, sei fragwürdig und unerwünscht. Halte man sich die im Wettbewerb eingereichten Unterlagen (Situationsplan, Grundrisse, Geländeschnitt, Fotos, Modell und Erläuterungsbericht) sowie die detaillierten Empfehlungen des Preisgerichts vor Augen, könne im Übrigen nicht von einer unbestimmten Stellungnahme des Preisgerichts gesprochen werden. Die Jury habe vielmehr konkret Stellung bezogen und im Übrigen als Beraterin fungiert. Der eingereichte Gestaltungsplan entspreche denn auch in den wesentlichen Zügen dem Siegerprojekt und den Empfehlungen der Juroren. Unter diesen Umständen stelle die Preisrichtertätigkeit von Noldi Küttel und Alex Waldis in Bezug auf das Gestaltungsplanverfahren eine unzulässige Vorbefassung dar.

5.1. Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Dieser Anspruch ist verletzt, wenn bei einer Gerichtsperson – objektiv betrachtet – Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person oder in äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Mit anderen Worten muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (BGE 133 I 1 E. 6.2 S. 6 mit Hinweisen).

Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr offen erscheinen lassen (BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat zur Beurteilung, ob eine vorbefasste Person im konkreten Fall in den Ausstand treten muss, Kriterien entwickelt. So fällt etwa in Betracht, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu beachten ist ferner der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den beiden Abschnitten stellenden Rechtsfragen. Massgebend ist schliesslich, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 59; zudem BGE 137 I 227 E. 2.6.2 S. 232 f.; 134 I 238 E. 2.3 und 2.4 S. 241 ff.; 114 Ia 153 E. 3b/cc S. 161 f.).

5.2. Für nichtgerichtliche Behörden – wie hier für Mitglieder des Gemeinderates – kommen Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zur Anwendung. Hingegen gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung; das Gebot der Unbefangenheit bildet einen Teilgehalt dieses Grundrechts (vgl. *Benjamin Schindler*, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, S. 237).

Im Kern der Garantie der Unbefangenheit steht für Richter wie Verwaltungsbeamte, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben (vgl. *Markus Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten, 2001, S. 535). Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit (E. 5.1 vorne) können allerdings nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden. Gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt. Bei Exekutivbehörden ist dabei zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer Aufgaben einhergeht (Urteil des Bundesgerichts 1C\_278/2010 vom 31. Januar 2011 E. 2.2). Regierungsbehörden sind aufgrund ihres Amtes, anders als ein Gericht, nicht allein zur (neutralen) Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen. Sie tragen zugleich eine besondere Verantwortung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Liegt die amtliche Mehrfachbefassung damit im öffentlichen Interesse und ist sie in diesem Sinne systembedingt, so liegt nicht bereits darin eine unzulässige Vorbefassung. Ob eine systembedingt vorbefasste Amtsperson tatsächlich voreingenommen erscheint, entscheidet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (vgl. BGE 125 I 119 E. 3f S. 125; Urteile des Bundesgerichts 1C\_150/2009 vom 8. September 2009 E. 3.5, in: ZBI 112/2011 S. 478 ff.; 1P48/2007 vom 11. Juni 2007

E. 4.3). Dabei ist vorab je nach Verfahrensart, Funktion oder Streitgegenstand des betreffenden Verfahrens zu unterscheiden (vgl. BGE 137 II 431 E. 5.2 S. 452; 125 I 119 E. 3d und 3f S. 123 ff., 209 E. 8a S. 217 f.; *Jörg Paul Müller/Markus Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 949; *Gerold Steinmann*, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Rz. 18 zu Art. 29 BV).

6. Treten der Gemeindepräsident Noldi Küttel und der Gemeinderat/Bauverwalter Alex Waldis nicht in den Ausstand, so befassen sie sich etwa mit Fragen der siedlungsgerechten und landschaftsverträglichen Einordnung der geplanten Überbauung zweimal; zunächst bei der Beurteilung der Volumenstudien, dann beim Entscheid über die Einsprachen und die Plangenehmigung (§ 77 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Luzern vom 7. März 1989 [SRL 735; PBG]).

Im Lichte der vorstehenden Grundsätze bleibt somit zu prüfen, ob die Gemeinderatsmitglieder als Preisrichter in einer Weise vorbefasst sind, dass sie im Hinblick auf den Planungsentscheid voreingenommen erscheinen.

6.1. Die Sach- und Rechtslagen sind gerade bei Bau- und Planungsachen oft komplex; die Folgen von Fehlplanungen können schwer wiegen. Das gilt insbesondere für Grossprojekte. Unter diesen Umständen kann es der Prozessökonomie dienen, wenn die Verwaltung und die private Bauherrschaft durch vorprozessuale Abklärungen oder Verhandlungen die Voraussetzungen für einen effizienten und sachgerechten Entscheid schaffen. Zudem liegt es im Interesse der Verfahrenskoordination, wenn sich die zuständigen Behörden als Träger der Planungshoheit möglichst frühzeitig in den Planungsprozess einbringen (vgl. *Peter Hösli*, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln, 2002, S. 123 f.; *Schindler*, S. 83 und 136; *Kölz/Häner/Bertschi*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 433; vgl. auch BGE 120 Ia 270 E. 6c S. 284; Urteile des Bundesgerichts 1C\_150/2009 vom 8. September 2009 E. 3.5.2, in: ZBl 112/2011 S. 478 ff.; 1A.11/2007 vom 16. Mai 2007 E. 3.5.2).

In der Gemeinde Vitznau trägt, in Zusammenarbeit mit den Grundeigentümern, der Gemeinderat die Verantwortung für die Gestaltungsplanung (vgl. § 17 Abs. 1 lit. c und §§ 74-77 PBG i.V.m. Art. 37 des Bau- und Zonenreglements der Gemeinde Vitznau vom 6. Januar 1998 [BZR]). Hier geht es sodann um ein Grossprojekt, bei dem sich komplexe Sachverhalts- und Rechtsfragen stellen. Gründe der Prozessökonomie und der Verfahrenskoordination können es in dieser Situation rechtfertigen, wenn sich der Gemeinderat als Träger der Planungshoheit bereits vor Einleitung des Gestaltungsplanverfahrens mit dem Projekt befasst. Liegt eine Mehrfachbefassung dementsprechend im öffentlichen Interesse, kann nicht jede vorprozessuale Äusserung der Gemeinderatsmitglieder von vornherein einen Ausstandsgrund darstellen. Anders zu entscheiden hiesse, das tatsächliche Verwaltungshandeln als Mittel für eine effiziente und sachgerechte Entscheidfin-

dung bereits im Ansatz zu unterbinden und so die Aufgabenerfüllung der Verwaltung in unverhältnismässiger Weise zu erschweren.

6.2. Jede Äusserung einer Amtsperson im Vorfeld eines förmlichen Verfahrens hat indessen den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) zu wahren. So muss der Verwaltungsentscheid nach wie vor in einem Prozess erfolgen, der eine ungestörte und ausgewogene Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen ermöglicht (vgl. *Schindler*, S. 46). Beim vorliegenden, informell-kooperativen Verwaltungshandeln (vgl. BGE 133 II 120 E. 3 S. 124 ff.) ist die Gefahr besonders gross, dass die Interessen unbeteiligter Dritter oder der Allgemeinheit nicht angemessen berücksichtigt werden. Hat sich ein Privater mit der Verwaltung vor Einleitung des förmlichen Verfahrens über die wesentlichen Inhalte eines Vorhabens informell abgesprochen, wird sich die Behörde beim anschliessenden Entscheid – wenn auch nicht rechtlich, so doch faktisch – in der Regel an die Absprache gebunden fühlen (in Abgrenzung zum verbindlichen Vorentscheid vgl. *Hösli*, S. 64 f.; dazu BGE 120 Ib 48 E. 2b S. 52; Urteil des Bundesgerichts 1P.224/1991 vom 9. September 1992 E. 2c, in: ZBl 95/1994 S. 66 ff.). In dieser Situation haben die unbeteiligten Dritten, so hier die Einsprecher, berechtigten Anlass zu befürchten, dass die vorbefasste Behörde nicht mehr imstande ist, die Einwände gegenüber dem Vorhaben mit hinreichender Offenheit und Unabhängigkeit zu prüfen (vgl. *Hösli*, S. 77 f.; *Tamara Nüssle*, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informelle Absprachen, 2005, S. 241 f. und 246 ff.). Amtspersonen haben sich bei informellen Äusserungen im Vorfeld eines Verfahrens somit eine besondere Zurückhaltung aufzuerlegen; die Stellungnahme darf in keiner Weise den Anschein erwecken, dass sich die vorbefasste Person in Bezug auf das anstehende Verfahren bereits festgelegt hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_150/2009 vom 8. September 2009 E. 3.5.2, in: ZBl 112/2011 S. 478 ff.; *Schindler*, S. 136 f.; *Kölz/Häner/Bertschi*, Rz. 433).

Auch mit Blick auf die Funktion des anstehenden Verfahrens rechtfertigt es sich, an die Unbefangenheit der beiden Gemeinderatsmitglieder hohe Anforderungen zu stellen. Als Einsprachebehörde gegen den durch Private aufgestellten Gestaltungsplan trifft den Gemeinderat die Aufgabe eines «echten Mittlers» (vgl. *Müller/Schefer*, S. 949; *Schindler*, S. 68 und 155; Urteil des Bundesgerichts 2P.231/1997 vom 19. Mai 1998 E. 2b, in: ZBl 100/1999 S. 74). Das Einspracheverfahren vor Erlass der Verfügung gewährt den Betroffenen das rechtliche Gehör und stellt damit sicher, dass die verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen noch vor Planerlass berücksichtigt werden. Die Einsprachen erleichtern zudem die Beurteilung, ob das Vorhaben auch aus Sicht der öffentlichen Interessen – etwa im Lichte der raumplanungsrechtlichen Grundsätze (Art. 75 BV sowie Art. 1 und 3 RPG) – zweckmässig erscheint (vgl. *Heinz Aemisegger/Stephan Haag*, Kommentar zum RPG, 2010, Rz. 16, 25 und 36 zu Art. 33 RPG; *Mischa Berner*, Luzerner Planungs- und Baurecht, 2012, Rz. 215 und 220). Angesichts dieser herausragenden Bedeutung der Einsprache zur Gewährleistung des Gehörsanspruchs Dritter darf informelles

Verwaltungshandeln im Vorfeld der öffentlichen Planaufgabe den Einspracheentscheid in keiner Weise vorwegnehmen. Andernfalls verlöre das bundesrechtlich vorgeschriebene Auflageverfahren (Art. 33 Abs. 1 RPG) seine Bedeutung als Mittel für eine sachgerechte Entscheidungsfindung im Bau- und Planungsrecht (vgl. BGE 111 Ia 67 E. 3c S. 69; *Nüssle*, S. 241 f.).

In gesamthafter Würdigung der dargelegten Umstände rechtfertigt es sich vorliegend, die Zulässigkeit der Vorbefassung der Gemeinderatsmitglieder sinngemäss nach denselben Kriterien zu beurteilen, wie sie das Bundesgericht für die Gerichtsverfahren entwickelt hat.

6.3. Demnach fällt insbesondere ins Gewicht, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat (vgl. E. 5.1 vorne).

Das Bundesgericht hat dieses Beurteilungskriterium zuletzt im Zusammenhang mit dem sogenannten Referentensystem fortentwickelt. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass sich ein Richter als Referent über die prozessualen und materiellen Fragen einer Streitsache eine erste Meinung bildet und zusammen mit einem Antrag dem Spruchkörper vorträgt. Das Referentensystem hält nach Auffassung des Bundesgerichts dann vor der Verfassung stand, wenn der Ausgang des Verfahrens für die Betroffenen erkennbar nach wie vor offen erscheint. So ist etwa zulässig, wenn der Referent den Rechtsuchenden im Fall einer Anschlussberufung darauf aufmerksam macht, dass der Rechtsmittelentscheid auch zu seinen Ungunsten ausfallen kann. Dem Anschein der Voreingenommenheit kann sich der Referent hingegen dann aussetzen, wenn er auf die rechtsuchende Person zugeht, um ihr seine Einschätzung der Prozessaussichten kundzutun und sie entsprechend zum Rückzug des Rechtsmittels zu bewegen. Bei abstrakter Betrachtung besteht der entscheidende Unterschied zwischen zulässiger und unzulässiger Vorbefassung darin, ob die vorbefasste Person erst ihre vorläufige Einschätzung zur Streitsache zum Ausdruck bringt – oder aber der Eindruck entsteht, sie habe sich über den Ausgang des Verfahrens bereits eine feste Meinung gebildet (vgl. BGE 137 I 227 E. 2.6.2–2.6.4 S. 232 ff.; 134 I 228 E. 2.4–2.6 S. 242 ff.; zudem BGE 114 Ia 153 E. 3b/cc S. 161 f.; *Regina Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 147).

Ausgehend von diesen für Gerichtsverfahren entwickelten Grundsätzen ist für Bau- und Planungssachen zu unterscheiden zwischen der unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Fragen, der Beantwortung konkreter Fragen, der eigentlichen Beratung der Bauherrschaft und dem verbindlichen Vorentscheid.

Bei der unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen besteht in der Regel keine Gefahr der späteren Befangenheit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_150/2009 vom 8. September 2009 E. 3.5.4, in: ZBl 112/2011 S. 478 ff.). In diesem Sinne verneinte das Bundesgericht im Urteil 1C\_100/2012 vom 16. Oktober 2012 bei einer generellen Auskunft des Gemeinderates über die grundsätzliche Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens eine unzulässige Vorbefassung im Hinblick auf den anschliessenden Baubewilligungsentscheid (E. 2.2).

Dagegen kann bei einer umfangreichen und detaillierten Beantwortung konkreter, projektbezogener Fragen die Gefahr einer Vorbestimmung des anschliessenden Verfahrens bestehen. Dementsprechend bejahte das Bundesgericht im Urteil 1C\_150/2009 vom 8. September 2009 (in: ZBl 112/2011 S. 478 ff.) die Befangenheit der Baukommission, die im Hinblick auf das anstehende Baubewilligungsverfahren zu einem Bauvorhaben konkret Stellung nahm. Für das Bundesgericht fiel unter anderem ins Gewicht, dass sich die Baukommission in ihrer Stellungnahme umfassend und detailliert zu zentralen Punkten des Baubewilligungsverfahrens geäussert hatte. Das Projekt war zudem aufgrund von Anregungen der Baukommission im Hinblick auf die Baubewilligung leicht abgeändert worden; insofern hatte die Kommission praktisch als Beraterin fungiert. Unter diesen Umständen konnte für die Einsprecher der Eindruck entstehen, die Baukommission habe sich zum Vorhaben bereits eine feste Meinung gebildet und werde sich im Baubewilligungsverfahren – ungeachtet der Einsprachen – nicht mehr umstimmen lassen (E. 3.5.5).

Die Begleitung durch die Behörden darf mithin nicht so weit gehen, die Bauherrschaft bei ihrer Ausarbeitung des Gestaltungsplans oder Baugesuchs in detaillierter Weise zu beraten oder ihr vor Berücksichtigung allfälliger Drittinteressen darüber hinaus die verbindliche Zusage zu machen, das Vorhaben in einer bestimmten Form bewilligen zu können (vgl. *Schindler*, S. 131 f. und 137; für den verbindlichen Vorentscheid auch Urteil des Bundesgerichts 1P.224/1991 vom 9. September 1992 E. 2c, in: ZBl 95/1994 S. 66 ff.). Eine eigentliche Beratertätigkeit bildet auch nach § 14 Abs. 1 lit. e VRG – wie in anderen kantonalen Verfahrensordnungen – einen gesetzlich geregelten Ausstandsgrund.

7. Die G. AG lud acht Architekturbüros zur Erarbeitung einer Volumenstudie ein. Das Preisgericht, in welchem die beiden Gemeinderatsmitglieder Einsitz nahmen, hatte die Aufgabe, jenes Projekt auszuwählen, das die Nutzungsmasse und das Raumprogramm der geplanten Überbauung nach Massgabe der Wettbewerbsvorgaben am besten umsetzt und damit als Grundlage für den Gestaltungsplan dient (vgl. Bericht zur Volumenstudie, Ziff. 3.2). Ausgehend von diesem Sachverhalt sind für die Frage der Befangenheit der Gemeinderatsmitglieder im Lichte der dargelegten Kriterien die folgenden Umstände zu berücksichtigen:

7.1. Die Preisrichter haben die ihnen vorgelegten Überbauungskonzepte im Wesentlichen nach siedlungsplanerischen, landschaftlichen und erschliessungsmässigen Gesichtspunkten beurteilt (vgl. Bericht zur Volumenstudie, Ziff. 4.7). Dabei handelt es sich um zentrale Kriterien, nach denen die Rechtmässigkeit eines Gestaltungsplans zu überprüfen ist (vgl. § 65 Abs. 2 und § 75 Abs. 3 lit. b PBG). Darauf beziehen sich die Beschwerdeführer in ihren gegen den Plan erhobenen Einsprachen denn auch. Die bei der Beurteilung der Volumenstudie behandelten Gesichtspunkte entsprechen somit – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – zu

einem erheblichen Teil jenen Fragen, die Gegenstand des Einsprache- und Genehmigungsentscheids sind.

7.2. Mit ihrer Stimme im Preisgericht haben die Gemeinderatsmitglieder bei der Auswahl des siegreichen Projekts als Entscheidungsträger mitgewirkt. Die Juroren haben sich einstimmig für das Projekt des Architekturbüros I. entschieden. Nach Auffassung des Preisgerichts erfüllt die ausgewählte Volumenstudie vor allem auch die von der Gemeinde gestellten Bedingungen (vgl. Bericht zur Volumenstudie, Ziff. 5). Damit sind die Vertreter der Gemeinde für die privaten Beschwerdegegnerinnen tätig geworden und haben sich aktiv am Auswahlprozess beteiligt.

Die im Massstab 1:500 ausgefertigten Pläne zusammen mit dem Modell und dem Erläuterungsbericht haben den Inhalt des Gestaltungsplans vergleichsweise konkret und detailliert vorgezeichnet. So war die Volumenstudie bezüglich Volumetrie, Architektur und Materialisierung der Gebäude für diesen wegweisend (vgl. § 1 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 des Gestaltungsplans). Der aufgelegte Plan weist im Vergleich zur Studie keine namhaften Änderungen oder Präzisierungen auf. Beim Vergleich des Planmaterials ist zwar erkennbar, dass das Campus Hotel leicht in südöstliche Richtung verschoben wurde. Diese wie andere Anpassungen sind aber – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – von untergeordneter Bedeutung. Sie vermögen am Gesamteindruck nichts zu ändern, dass die Volumenstudie den Gestaltungsplan in den wesentlichen Zügen vorbestimmt hat.

Soweit die Juroren gegenüber dem erkorenen Projekt einzelne Vorbehalte anbrachten, haben sie diese mit konkreten Änderungsvorschlägen verbunden (vgl. Bericht zur Volumenstudie, Ziff. 5); die Empfehlungen betreffen etwa Einzelheiten zur Architektur der Villen und zum Erschliessungskonzept (a.a.O., Empfehlungen im Anhang). Die Bauherrschaft hat die Vorschläge im Gestaltungsplan weitgehend nachvollzogen. Insoweit haben die Preisrichter, wie die Beschwerdeführer zu Recht festhalten, als eigentliche Berater fungiert.

Würdigt man diese Umstände gesamthaft, ist die Besorgnis darüber begründet, die Gemeinderatsvertreter könnten sich aufgrund ihrer Preisrichtertätigkeit in einem Mass festgelegt haben, dass ihre Haltung im Rahmen des Gestaltungsplanverfahrens vorbestimmt erscheint.

7.3. Der Anschein der Befangenheit verstärkt sich durch den Beurteilungsspielraum der Entscheidungsbehörde zusätzlich (vgl. E. 5.1 vorne). Je grösser der Spielraum ist, umso eher besteht Anlass zur Besorgnis, die Amtsperson werde auf ihr in Abwägung verschiedener Gesichtspunkte getroffenes Urteil bei späterer Befassung nicht mehr zurückkommen (vgl. BGG 114 Ia 50 E. 5b/cc S. 70; *Kiener*, S. 148). Steht der zuständigen Verwaltungsbehörde bei der zu beantwortenden Frage ein Ermessen zu, ist die gerichtliche Überprüfung zudem eingeschränkt. Insoweit sind systembedingte Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens

nicht mehr durch eine unabhängige richterliche Kontrolle auszugleichen (vgl. E. 5.2 vorne; *Hösli*, S. 78; *Schindler*, S. 170).

Bei Fragen der siedlungsplanerischen und landschaftlichen Einordnung steht der Gemeinde – trotz grundsätzlich voller Überprüfung durch die Beschwerdebehörde (Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG) – ein gewisses Planungsermessen zu (vgl. Art. 2 Abs. 3 RPG; BGE 114 Ia 245 E. 2b S. 247 f.; vgl. auch BGE 127 II 238 E. 3b S. 244 ff.; *Aemisegger/Haag*, Rz. 73 zu Art. 33 RPG; § 65 Abs. 2 PBG; *Berner*, Rz. 633 ff.). Das kommunale Recht überträgt diesen Entscheidungsspielraum dem Gemeinderat. So entscheidet in Vitznau der Gemeinderat, nicht etwa die Gemeindelegislative, über Gestaltungspläne (vgl. Art. 37 BZR). Zudem liegt es gemäss Art. 22 Abs. 4 BZR im pflichtgemässen Ermessen des Gemeinderates, in der Kur- und Sportzone, worin das Campus Hotel geplant ist, die zulässigen Nutzungsmasse unter Beachtung der siedlungsplanerischen und landschaftlichen Interessen fallweise festzulegen. Umso problematischer erscheint es, wenn sich zwei ihrer Vertreter zu den erwähnten Punkten bereits eine Meinung gebildet haben, ohne die Auffassung der Planbetroffenen zu kennen.

Die vorliegende Sachlage ist, wie die Beschwerdeführer zu Recht vorbringen, auch insoweit mit dem Fall 1C\_150/2009 vom 8. September 2009 (in: ZBI 112/2011 S. 478 ff.) vergleichbar. Dort erkannte das Bundesgericht auf eine unzulässige Vorbefassung (vgl. E. 3.5.5 und 3.6). Auch hier besteht bei objektiver Betrachtung der Anschein, die Gemeinderatsmitglieder könnten sich von ihrem Urteil als Preisrichter zu wesentlichen Punkten des Gestaltungsplans kaum mehr lösen und die gegen das Vorhaben erhobenen Einsprachen nicht unbefangen beurteilen. Wenn die Vorinstanz die Ablehnung des Ausstandsbegehrens bestätigt, verletzt sie demnach Art. 29 Abs. 1 BV.

7.4. Bei diesem Ergebnis bleibt im Lichte der Erwägungen (vgl. E. 6.1 vorne) anzufügen, dass nicht jede behördliche Beteiligung an einem Architekturwettbewerb von vornherein im Widerspruch zu Art. 29 Abs. 1 BV steht. Im Urteil 1A.11/2007 vom 16. Mai 2007 (E. 3.5) verneinte das Bundesgericht denn auch eine verfassungswidrige Vorbefassung eines Vertreters der kantonalen Denkmalpflege und des kommunalen Bauberaters aufgrund ihrer Preisrichtertätigkeit im Hinblick auf den anstehenden Baubewilligungsentscheid. In jenem Verfahren waren die Behördenmitglieder jedoch Gutachter und nicht, wie hier, Entscheidungsträger (E. 3.5.1). Jene Stellungnahme war zudem gesetzlich vorgesehen und beruhte nicht auf informellem Verwaltungshandeln (E. 3.5.2).

Der vorliegende Entscheid unterscheidet sich auch vom Urteil 1C\_278/2010 vom 31. Januar 2011. Das Bundesgericht verneinte dort eine unzulässige Vorbefassung der Gemeindevertreter, die für die Gemeinde zunächst ein Baugesuch gestellt und anschliessend selbst darüber entschieden hatten (E. 2.2; vgl. ebenso Urteil 1C\_198/2010 vom 11. November 2010 E. 2). Eigentümerin des Grundstücks bzw. Bauherrin des geplanten Vorhabens war in jenen Fällen die öffentliche Hand und nicht, wie hier, eine private Person. Soweit sich die Vorinstanz auf diese Praxis

stützt, bezieht sie sich somit auf eine Sachlage, die mit der vorliegenden nicht vergleichbar ist.

8. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als begründet. Sie ist gutzuheissen und das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben. Das dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegende Ausstandsbegehren ist antragsgemäss gutzuheissen (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG; Urteil des Bundesgerichts 1B\_221/2007 vom 16. Januar 2008 E. 5.2); Noldi Küttel und Alex Waldis haben beim Entscheid über die Einsprachen und die Genehmigung des Gestaltungsplans in den Ausstand zu treten.

Die privaten Beschwerdegegnerinnen unterliegen. Sie haben den Verfahrensmangel jedoch nicht zu vertreten. Es sind für das bundesgerichtliche Verfahren daher keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 BGG). Die Gemeinde Vitznau hat den obsiegenden Beschwerdeführern hingegen eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). (...)

### Kommentar von Gerold Steinmann

Das hier wiedergegebene, zur amtlichen Publikation bestimmte Urteil des Bundesgerichts ist von grosser praktischer Bedeutung und erheblichem dogmatischem Interesse.

Förmlichen Verwaltungsentscheiden gehen oftmals Kontakte zwischen Behörden- und Verwaltungsmitgliedern und privaten Gesuchstellern voraus. Auch beinhalten Behörden- und Verwaltungsmitglieder oft schon weit im Vorfeld förmlicher Entscheide in verschiedenen Etappen und unterschiedlichen Formen mit konkreten Angelegenheiten. Solche (meist) informelle Handlungen der Verwaltung können zahlreiche verfahrensrechtliche Fragen aufwerfen. Sie betreffen insbesondere die Unvoreingenommenheit der Behörden mit Blick auf den danach zu fällenden förmlichen Entscheid.

Diese Frage der Unvoreingenommenheit von Verwaltungsmitgliedern stellt sich besonders häufig im baurechtlichen Bewilligungsverfahren. Das Bundesgericht hat dazu eine bemerkenswerte Praxis entwickelt. Es geht davon aus, dass vorprozessuale Abklärungen und Verhandlungen sowie die Begleitung eines Vorhabens in verschiedenen Phasen positiv zu bewerten seien; diese ermöglichten das frühe Einbringen der öffentlichen Anliegen, eine hinreichende Verfahrenskoordination und insbesondere bei grossen Projekten effiziente und sachgerechte Entscheide. Das informell-kooperative Verwaltungshandeln stösst indes an Grenzen, wenn damit Entscheidungen vorweggenommen werden und befürchtet werden mag, dass sich die Verwaltungsbehörden gebunden fühlen, Einwände von Drittpersonen nicht mit hinreichender Unvoreingenommenheit gehört werden und das förmliche Verfahren daher nicht mehr offen ist (vgl. zur Praxis namentlich die bundesgerichtlichen Urteile 1C\_150/2009 vom 8. September 2009, ZBl 112/

2011 S. 478 und 1C\_77/2013 vom 19. Juli 2013, ZBl 115/2014 S. 281, je mit Kommentar von *Arnold Marti*).

Im vorliegenden Verfahren hatten der Gemeindepräsident und der als Bauverwalter tätige Gemeinderat im Rahmen eines Wettbewerbs Einsitz in einer Jury, die die eingereichten Volumenstudien und Überbauungskonzepte mit Blick auf eine grosse Überbauung nach siedlungsplanerischen, landschaftlichen und erschliessungsmässigen Kriterien beurteilte und schliesslich einstimmig ein Projekt prämierte. Auf dieser Grundlage erarbeiteten die privaten Promotoren einen Gestaltungsplan. Im förmlichen Verfahren hatte der Gemeinderat nun Einsprachen gegen den Gestaltungsplan zu beurteilen und diesen zu genehmigen. In Bezug auf dieses förmliche Verfahren kommt das Bundesgericht aufgrund von Einsprachen zum Schluss, dass die genannten Gemeinderatsmitglieder den Anschein der Voreingenommenheit erwecken, und verlangt deren Ausstand.

In dogmatischer Hinsicht stellt das Bundesgericht zutreffend auf Art. 29 Abs. 1 BV ab. Dieses Verfahrensgrundrecht garantiert in allgemeiner Weise Unvoreingenommenheit von öffentlichen Entscheidträgern. Dem weiten sachlichen Geltungsbereich entsprechend lassen sich die Anforderungen an deren Unvoreingenommenheit nicht mit einer einfachen Formel umschreiben und zusammenfassen. Vielmehr kann und muss unterschiedlichsten Konstellationen Rechnung getragen werden und ist zu berücksichtigen, dass die Verwaltung auch eigene Interessen vertritt und daher nicht im eigentlichen Sinne unparteilich ist (vgl. allgemein *Gerold Steinmann*, Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., 2014, Art. 29 Rz. 34 ff.).

Für die Bestimmung der Unvoreingenommenheit von Entscheidträgern im Einzelnen stützt sich das Bundesgericht im vorliegenden Fall wie auch schon in früheren Entscheiden auf Kriterien, die es in seiner Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 1 BV (bzw. Art. 58 aBV) entwickelt und insbes. im Anschluss an BGE 114 Ia 50 weitergeführt hat. Dabei geht es allerdings nicht darum, die strengen, für richterliche Behörden geltenden Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV unbesehen auf Verwaltungsverfahren anzuwenden. Ziel dieses methodischen Vorgehens ist es vielmehr, die konkrete Verwaltungskonstellation anhand des fein und scharf ausgebildeten Verständnisses zu Art. 30 Abs. 1 BV zu analysieren und sie daran zu messen, um auf diese Weise zu einer eigenständigen Beurteilung auf dem Boden von Art. 29 Abs. 1 BV zu gelangen.

Ausgangspunkt dieses Vorgehens bildet für das Bundesgericht die Rechtsprechung zur sog. Vorbefassung (auch Mehrfachbefassung oder *cumul de fonctions* genannt; vgl. *Steinmann*, Art. 30 Rz. 24 ff.). Danach beurteilen sich Mehrfachbefassungen namentlich nach den konkret anstehenden Fragestellungen, den Entscheidungsspielräumen und der Bestimmtheit der einzelnen Entscheide. Mit Blick auf dieses Prüfungsprogramm scheint es entbehrlich und kaum sachgerecht, wenn das Bundesgericht im vorliegenden Verfahren überdies die Rechtsprechung zu dem bei Gerichten üblichen Referentensystem heranzieht; denn dieses kennzeichnet sich durch einen sich über eine gewisse Dauer hinziehenden Entscheidfindungsprozess und nicht so sehr durch verschiedenartige Entscheidungen in un-

terschiedlichen Etappen. Dies tut dem Urteil indes keinerlei Abbruch und ist ohne Einfluss auf das Resultat.

Aufgrund dieses Prüfungsprogramms kommt das Bundesgericht in der vorliegenden Angelegenheit zur genannten Beurteilung. Es hat damit einen Entscheid in einem spezifischen Einzelfall getroffen. Dieser reiht sich nahtlos in die entsprechende Praxis zu baurechtlichen Verfahren ein und ergänzt diese. Überdies wird das Urteil wegen des überzeugenden methodischen Vorgehens über den Einzelfall hinausstrahlen: Es vermittelt im weiten Rahmen von Art. 29 Abs. 1 BV Grundzüge und Richtlinien zur Beurteilung unterschiedlicher Konstellationen informellen Verwaltungshandelns. Es setzt diesem Grenzen, lässt gleichzeitig andere Formen offen. Das Bundesgericht gelangt auf diese Weise zu einer feinen Abwägung zwischen Bedürfnis und öffentlichen Interessen an einer Mehrfachbefassung einerseits und dem rechtsstaatlichen Erfordernis an unvoreingenommene Entscheidträger in der Verwaltung andererseits.

## Verfahren

### AARGAU

Ausschluss einer Entschädigung für nicht patentierte Rechtsvertreter im Verwaltungsbeschwerdeverfahren; Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV, § 29 VRPG/AG. *Die aargauische Regelung von § 29 VRPG/AG, wonach Rechtsanwälte bei Obsiegen im Verwaltungsbeschwerdeverfahren entschädigt werden und nicht patentierten Rechtsvertretern eine Entschädigung verweigert wird, hält vor der Bundesverfassung stand* (E. 2 und 3).

(Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 7. März 2013, 1C\_592/2012.)

Das Strassenverkehrsamt des Kantons Aargau annullierte per sofort den Führerausweis auf Probe der Kategorie B und den Lernfahrausweis der Kategorie C1 von X. Anlass bildete die Feststellung, dass dieser beim Führen eines Fahrzeugs der Kategorie B keine Brille bzw. keine Kontaktschalen trug. X. gelangte an das Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (DVI). Ein Obergutachten kam zum Schluss, dass X. auch ohne Brille oder Kontaktschalen die erforderliche Sehschärfe für das Führen von Fahrzeugen der Kategorie B habe (nicht hingegen von solchen der Kategorie C1). Daraufhin hob das Strassenverkehrsamt seine Verfügung wiedererwägungsweise auf.

Das DVI schrieb in der Folge das Beschwerdeverfahren wegen Gegenstandslosigkeit ab, auferlegte die Verfahrenskosten der Staatskasse und verweigerte X. eine Parteientschädigung. Auf Beschwerde hin bestätigte das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau die Verweigerung einer Parteientschädigung.