



# Inhaltsverzeichnis

## II

Grundlagen, Organisation, Gemeinden 5

1 Ausstand; Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung 5

## C

Stichwortverzeichnis 11

## II. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

### 1. Ausstand; Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung

#### 1.1 Art. 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR; Art. 29 Abs. 1 BV

##### **Regeste:**

§ 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR; Art. 29 Abs. 1 BV – Dass die Direktorin des Innern sowohl bei der denkmalpflegerischen Antragstellung der kantonalen Denkmalkommission im Sinne von § 13 Abs. 1 Bst. b DMSG mitwirkt (als Präsidentin der Denkmalkommission) als auch – gestützt auf § 10 Abs. 1 Bst. a DMSG – als Mitglied des Regierungsrats beim Entscheid über die Schutzwürdigkeit eines Gebäudes, stellt eine (gesetzlich gewollte) Vorbefassung dar. Durch diese sich auf geltendes Gesetzesrecht abstützende Vorbefassung wird kein Ausstandsgrund im Sinn von § 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR bzw. Art. 29 Abs. 1 BV geschaffen, weil die Regierungsrätin dadurch bei objektiver Betrachtungsweise nicht «offensichtlich den Anschein der Befangenheit erweckt».

##### **Aus dem Sachverhalt:**

A. 1908 kaufte A. B. das im 18. Jahrhundert erbaute Gasthaus «B.» in der Gemeinde C. sowie den westseitigen Anbau. Die beiden Gebäude befinden sich im Inventar der schützenswerten Denkmäler des Kantons Zug.

B. Mit Schreiben vom 3. September 2012 stellte der heutige Eigentümer und Nachfahre von A. B., C. B., den Antrag auf Entlassung beider Gebäude aus diesem Inventar. Am 22. Oktober 2012 führte die kantonale Denkmalkommission einen Augenschein durch. Gleichen tags beantragte sie der Direktion des Innern die Unterschutzstellung der beiden Gebäude. Am 5. März 2013 leitete das Amt für Denkmalpflege und Archäologie das Unterschutzstellungsverfahren ein. (. . .)

C. C. B., vertreten durch Rechtsanwalt Z. G., Zug, beantragte in seiner Stellungnahme vom 21. September 2017, das Gebäude-Ensemble sei nicht unter Schutz zu stellen und aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler des Kantons Zug zu entlassen. Für den Fall, dass dem Antrag auf Entlassung aus dem Inventar nicht stattgegeben werden sollte, habe die Vorsteherin der Direktion des Innern in den Ausstand zu treten. Er begründete das Ausstandsbegehren damit, dass Regierungsrätin X. Y. Präsidentin der Kantonalen Denkmalkommission sei, mithin jener Kommission, welche bereits zwei Mal die Unterschutzstellung beider Gebäude beantragt habe. (. . .) Durch ihre Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung der vorerwähnten Beschlüsse der Denkmalkommission habe sich die Vorsteherin festgelegt; das Verfahren könne damit hinsichtlich der Beteiligung der Vorsteherin der Direktion des Innern nicht mehr als ergebnisoffen bezeichnet werden. X. Y. erwecke damit bei objektiver Betrachtungsweise vielmehr offensichtlich den Anschein der Befangenheit, weshalb sie gestützt auf § 7 Abs. 1 Ziff. 5 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrats

vom 26. September 2013 (GO RR; BGS 151.1) in den Ausstand zu treten habe. Hierzu sei festzuhalten, dass der objektiv begründete Anschein der Befangeneheit auch in «institutionell-verfahrensorganisatorischen Umständen» begründet sein könne.

D. (...)

E. (...)

F. (...)

G. Da im vorliegenden Verfahren allein über die Vorfrage des geltend gemachten Vorliegens eines Ausstandsgrundes von Regierungsrätin X. Y. entschieden wird, befindet sich die Direktorin des Innern gestützt auf § 7 Abs. 3 GO RR im Ausstand und das Regierungsratsgremium entscheidet unter Ausschluss ihrer Mitwirkung. (...)

#### **Aus den Erwägungen:**

I.

1. Nach § 10 Abs. 1 Bst. a und d des Denkmalschutzgesetzes vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DMSG; BGS 423.11) beschliesst der Regierungsrat die Eintragung von Objekten in das Denkmalverzeichnis und die kantonalen Beiträge. Gemäss § 11 Abs. 3 DMSG beschliesst die Direktion des Innern über die Unterschutzstellung und einen Kantonsbeitrag, sofern der mutmassliche erstmalige Kantonsbeitrag an die Restaurierung den Betrag von 200'000.– Franken nicht übersteigen wird und sofern die Standortgemeinde damit einverstanden ist. Der Gemeinderat von C. hat die Unterschutzstellung eines der beiden hier zur Diskussion stehenden Gebäude abgelehnt. Die beiden Gebäude bilden aber ein Ensemble und sind daher gemeinsam zu beurteilen. Aus diesem Grund ist im vorliegenden Fall der Regierungsrat zuständig für den Beschluss über die Unterschutzstellung und die Zusicherung eines Kantonsbeitrags. Dies ist denn auch unbestritten.

2. Die Verfahrensinstruktion und Antragstellung an den Regierungsrat hinsichtlich von in die Zuständigkeit des Regierungsrates fallenden denkmalpflegerischen Unterschutzstellungsentscheidungen fällt der Direktion des Innern zu (§ 11 Abs. 1 DMSG und § 24 Abs. 1 DMSG). Wenn – wie hier – das Vorliegen eines Ausstandsgrundes bei einem Mitglied des Regierungsrates geltend gemacht wird, so gelangen die Ausstandsbestimmungen der Geschäftsordnung des Regierungsrates zur Anwendung (§ 8 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976, Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1). Über Ausstandsfragen entscheidet der Regierungsrat unter Ausschluss des betreffenden Ratsmitglieds (§ 7 Abs. 3 GO RR). Aus diesem Grund instruiert die Sicherheitsdirektion das vorliegende Verfahren bezüglich des Entscheides über die Ausstandsfrage zu Händen des Regierungsrates (im Ausstand der Direktorin des Innern).

II.

1. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Vorfrage, ob mit Blick auf den später zu fällenden Sachentscheid ein Ausstandsgrund betreffend Regierungsrätin X. Y. vorliegt. (. . .)

2. Gemäss § 7 Abs. 1 GO RR treten Ratsmitglieder bei Geschäften des Regierungsrats und der von ihnen geleiteten Direktion in den Ausstand, wenn sie am Geschäft ein unmittelbares persönliches Interesse haben (Ziff. 1); sie mit einer Person, die am Geschäft ein unmittelbares persönliches Interesse hat, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt, verschwägert oder durch Ehe, Verlobung, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden sind (Ziff. 2); ihre eigenen Entscheide vor dem Regierungsrat angefochten werden (Ziff. 3); sie Vertreterinnen oder Vertreter einer Person sind, die am Geschäft ein unmittelbares persönliches Interesse hat, oder für diese in der gleichen Sache tätig waren (Ziff. 4); sie bei objektiver Betrachtungsweise offensichtlich den Anschein der Befangenheit erwecken (Ziff. 5).

3. Die genannte Ausstandsregelung dient dazu, die Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Regierungsrats sicherzustellen und ist somit ein wichtiger Garant für das Vertrauen der Bevölkerung in den Regierungsrat. Sie soll jede Befangenheit oder Interessenkollision sowie jeden entsprechenden Anschein vermeiden und eine objektive Prüfung gewährleisten (vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, S. 131 ff. Rz. 525, 529 und 533; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 147 Rz. 423). Dieselbe Zielsetzung gilt laut Art. 29 Abs. 1 BV als allgemeine Verfahrensgarantie vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen, wonach jede Person Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung besitzt. Für den Zuger Regierungsrat enthalten weder die Kantonsverfassung noch ein formelles Gesetz Ausstandsgründe. Sie sind gemäss dem Bericht und Antrag GO RR des Regierungsrats vom 25. September 2012 zum Kantonsratsbeschluss betreffend die Geschäftsordnung des Regierungsrats, S. 13 (Vorlage Nr. 2183.1; Laufnummer 14160; nachfolgend: Bericht und Antrag GO RR) einzig in § 7 GO RR geregelt. Die dort genannten Ausstandsgründe sind nicht nur auf Gesuch hin, sondern von Amtes wegen zu beachten.

4. Bei der Prüfung von Ausstandsbegehren gilt es zufolge bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf Ausstand befangener Behördenmitglieder stets in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf gesetzmässige Zusammensetzung der Behörde steht. Der Ausstand sollte deshalb im Verhältnis zur regelhaften Verfahrensordnung eine Ausnahme bleiben und nicht vorschnell angenommen werden (Urteil des Bundesgerichts 1B\_243/2009 vom 14. Dezember 2009 E. 2; BGE 122 II 471 E. 3b S. 477). Ein Ausstand muss überzeugend begründet sein. Andernfalls besteht die Gefahr einer nicht richtigen Besetzung des Regierungsrats, falls Ratsmitglieder zu Unrecht im Ausstand sind (vgl. TINO

JORIO, Kommentar zu den Geschäftsordnungen des Regierungsrats und des Kantonsrats des Kantons Zug, 2015, S. 24 Rz. 74).

5. Dass Ausstandsgründe im Sinne von § 7 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 GO RR vorlägen, wird seitens der Einsprechenden nicht geltend gemacht. Derartige Fallkonstellationen liegen hier offenkundig auch nicht vor. Zu prüfen ist vorliegend hingegen, ob ein Ausstandsgrund im Sinne von § 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR vorliegt.

5.1. Der Eigentümer der beiden Gebäude, C. B., lässt in diesem Zusammenhang geltend machen, dass der objektiv begründete Anschein der Befangenheit auch in «institutionell-verfahrensorganisatorischen Umständen» begründet sein könne. Wie oben ausgeführt treten gemäss § 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR Ratsmitglieder bei Geschäften des Regierungsrats und der von ihnen geleiteten Direktion in den Ausstand, wenn sie bei objektiver Betrachtungsweise offensichtlich den Anschein der Befangenheit erwecken. Dieser Ausstandsgrund ist aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitet, wird der Vollständigkeit halber aber nochmals im kantonalen Recht aufgeführt (vgl. Bericht und Antrag GO RR, S. 18). Es handelt sich hierbei um einen klassischen Auffangtatbestand. Die Praxis des Bundesgerichts ist diesbezüglich auch in jüngerer Zeit relativ grosszügig. So erachtete es die Mitwirkung eines Regierungsratsmitglieds in einem Rechtsmittelverfahren gegen einen Entscheid seines eigenen Departements als zulässig (BGE 125 I 119 E. 3 S. 122). Massgebend für den Entscheid über den Ausstand ist eine objektivierte Betrachtungsweise, d.h. wie ein unbefangener und vernünftiger Dritter die Lage einschätzen würde. Wichtig ist dabei die im Gesetz genannte Einschränkung «offensichtlich». Die Befangenheit muss vernünftigen Dritten sofort, fast «instinktiv», klar sein. Dabei ist nicht jede erdenkliche Befangenheit zu berücksichtigen (TINO JORIO, a.a.O., S. 35 Rz. 124). Die Vertretung öffentlicher Interessen aufgrund eines Amtes bewirkt normalerweise kein privates Interesse (Bericht und Antrag GO RR, S. 18; TINO JORIO, a.a.O., S. 35 Rz. 126).

5.2. Die Direktorin des Innern wirkte unbestrittenermassen bei der Antragstellung der kantonalen Denkmalkommission an die Direktion des Innern zuhanden des Regierungsrates im Sinne von § 13 Abs. 1 Bst. b DMSG mit. Von Gesetzes und von Amtes wegen – gestützt auf § 12 Abs. 1 DMSG – war X. Y. zum Zeitpunkt der beiden Entscheide der kantonalen Denkmalkommission vom 22. Oktober 2012 und vom 5. Mai 2017 Präsidentin dieser Kommission und ist es auch heute noch. Und ebenfalls von Gesetzes wegen – gestützt auf § 10 Abs. 1 Bst. a DMSG – wird sie nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids als Mitglied des Regierungsrats auch beim Entscheid über die Frage, ob die beiden Gebäude in das Denkmalverzeichnis einzutragen seien, mitzuwirken haben. Das verwaltungsrechtliche Verfahrensrecht des Kantons Zug ordnet damit unterschiedliche Verfahrensabschnitte und -situationen aus Gründen der Sachkompetenz und Ökonomie ein und derselben Person zu. Diese Situation wird seit BGE 114 Ia 50 als sog. Vorbefassung bezeichnet (auch Mehrfachbefassung oder «cumul des fonctions» genannt; vgl. zur Abgrenzung von anderen Konstellationen BGE 126 I 68 E. 4a S.73). Der Begriff ist wertneutral, beschreibt lediglich abstrakt eine typisierte Konstellation, an die sich unter dem Gesichtswinkel von Art. 30 Abs. 1 BV ein spez-

ifisches Prüfungsprogramm anschliesst (MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 942 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHEER/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. 2010, S. 163 Rz. 515 ff.; MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2010, N. 17 ff. und 23 ff. zu Art. 56 StPO). Die Vorbefassung ist in objektiver Weise darauf hin zu prüfen, ob im späteren Verfahren oder Verfahrensabschnitt durch die vorgängige Tätigkeit der Anschein der Voreingenommenheit erweckt werde und die Beurteilung noch offen erscheine. Hierfür wird namentlich auf die konkreten Umstände, die Gleichheit der sich stellenden Fragen, den Entscheidungsspielraum in den unterschiedlichen Abschnitten und die Bedeutung für den Fortgang des Verfahrens abgestellt (BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 57; 138 I 425 E. 4.2.1 S. 428; 131 I 24 E. 1.2 S. 26; STEINMANN/LEUENBERGER, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, N. 24 zu Art. 30 BV).

5.3. Bei der Prüfung der vorliegenden Vorbefassung der Direktorin des Innern durch ihre Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung in der Denkmalkommission ist dazu festzuhalten, dass die Denkmalkommission hinsichtlich von denkmalpflegerischen Unterschutzstellungen mit der «Antragstellung an die Direktion des Innern zuhanden des Regierungsrates» betraut ist (§ 13 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 DMSG). Dem Regierungsrat demgegenüber obliegt nicht eine Antragstellung, er ist vielmehr mit dem Entscheid über die Unterschutzstellung oder Nichtunterschutzstellung betraut (§ 10 Abs. 1 Bst. a DMSG). Insofern liegt keine Gleichheit der sich stellenden Fragen vor. Es ist in diesem Zusammenhang auf Fälle hinzuweisen, in welchen es unklar ist, ob an der Erhaltung des fraglichen Objekts ein sehr hohes öffentliches Interesse besteht oder nicht (dem ist häufig, wenn nicht sogar in aller Regel so). In solchen Fällen wird die Denkmalkommission im Zweifelsfall der Direktion des Innern gegenüber eher die Unterschutzstellung beantragen: Einerseits, um die Unterschutzstellung überhaupt ermöglichen zu können, andererseits aber auch, um zu ermöglichen, dass die gesetzlich zum Entscheid berufene politische Instanz – der Regierungsrat – den Entscheid fällen und damit gleichzeitig Rechtssicherheit schaffen kann. Sodann sind die Denkmalkommission und der Regierungsrat personell unterschiedlich zusammengesetzt. Die einzige – gesetzlich gewollte – Überschneidung liegt in der Person der Vorsteherin beziehungsweise des Vorstehers der Direktion des Innern. Diese personelle Überschneidung stellt sicher, dass die Überlegungen und persönlichen Wahrnehmungen, welche die Präsidentin beziehungsweise der Präsident der Denkmalkommission an deren Augenscheinen und Sitzungen gemacht hat, unmittelbar in den Regierungsrat getragen werden können. Indem die Kommission nur Antrag stellt, der Regierungsrat demgegenüber über die Unterschutzstellung entscheidet, haben diese zwei Verfahrensschritte zudem eine grundsätzlich unterschiedliche Bedeutung für den Fortgang des Verfahrens. Schliesslich ist festzuhalten, dass sich die Denkmalkommission inhaltlich schwerpunktmässig mit den spezifisch denkmalpflegerischen Fragestellungen befasst, während der Regierungsrat zusätzlich eine breite politische Gewichtung einbringt.

5.4. Durch die sich auf geltendes Gesetzesrecht abstützenden Mitwirkungshandlungen der Vorsteherin der Direktion des Innern wird daher kein Ausstandsgrund im Sinn von § 7 Abs. 1

Ziff. 5 GO RR geschaffen. Regierungsrätin X. Y. erweckt dadurch nicht den offensichtlichen Anschein der Befangenheit. Sie nimmt sowohl in der kantonalen Denkmalkommission als auch im Regierungsrat ohne privates Interesse und in amtlicher Funktion an der Entscheidungsfindung teil. In diesem Zusammenhang ist ergänzend auch auf die – vorstehend unter Buchstabe F. des Sachverhalts wiedergegebenen – zutreffenden Ausführungen der Direktion des Innern zu verweisen.

5.5. In dem durch den Rechtsvertreter von C. B. angeführten BGE 137 III 289 hielt das Bundesgericht in Erwägung 4.4 fest, dass bei psychisch kranken Menschen (Suchtkranken) gestützt auf das Zivilgesetzbuch nicht ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens über ein Gesuch der betroffenen Person um Entlassung aus der Anstalt entschieden werden kann (E. 4.1-4.3). Der entsprechende Gutachter müsse ein ausgewiesener Fachmann, aber auch unabhängig sein und er dürfe sich nicht bereits im gleichen Verfahren über die Krankheit der betroffenen Person geäußert haben. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sei überdies mit der geforderten Unabhängigkeit des Sachverständigen nicht zu vereinbaren, dass ein Mitglied der entscheidenden Instanz (Fachrichter) gleichzeitig als Sachverständiger amtiert (BGE 137 III 289 E. 4.4 S. 292 mit weiteren Hinweisen). Im Unterschied zu diesem Entscheid des Bundesgerichts amtierte Regierungsrätin X. Y. als Präsidentin der Denkmalkommission nicht in einer Funktion, welche gestützt auf das Bundesrecht durch eine unabhängige Gutachtensperson wahrzunehmen ist. Beim Regierungsrat handelt es sich sodann auch nicht um ein formelles Gericht im Sinne von Art. 30 BV. Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) und Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2) enthalten hinsichtlich des vorliegenden Sachverhalts keine über die in Art. 29 und 30 BV geforderten (und vorstehend beschriebenen) Anforderungen an die Unabhängigkeit des Spruchkörpers hinausgehende Garantien, weshalb C. B. daher weder aus dem genannten Bundesgerichtsentscheid noch aus den erwähnten Staatsverträgen einen Ausstandsgrund herleiten kann.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass Regierungsrätin X. Y. hinsichtlich des Sachentscheids nicht ausstandspflichtig ist und das Ausstandsbegehren deshalb abzuweisen ist.

(...)

Entscheid des Regierungsrates vom 10. Juli 2018

# C

Stichwortverzeichnis

Ausstand, 5

Ausstandspflicht einer Regierungsraum|;tin fuu|;r die Beschlussfassung uu|;ber eine denkmalpflegerische Unterschutzstellung im Gesamtregierungsrat, wenn sie - wie gesetzlich vorgesehen - vorgau|;ngig in einem anderen Gremium (Denkmalkommission) bereits uu|;ber dieseslbes Geschauml;ft mitberaten und dem Regierungsrat Antrag gestellt hat (Ausstandspflicht verneint)., 5

Befangenheit, 5

Befangenheit einer Regierungsraum|;tin fuu|;r die Beschlussfassung uu|;ber eine denkmalpflegerische Unterschutzstellung im Gesamtregierungsrat, wenn sie - wie gesetzlich vorgesehen - vorgau|;ngig in einem anderen Gremium (Denkmalkommission) bereits uu|;ber dieseslbes Geschauml;ft mitberaten und dem Regierungsrat Antrag gestellt hat (Befangenheit verneint)., 5

Vorbefassung, 5

Vorbefassung einer Regierungsraum|;tin fuu|;r die Beschlussfassung uu|;ber eine denkmalpflegerische Unterschutzstellung im Gesamtregierungsrat, wenn sie - wie gesetzlich vorgesehen - vorgau|;ngig in einem anderen Gremium (Denkmalkommission) bereits uu|;ber dieseslbes Geschauml;ft mitberaten und dem Regierungsrat Antrag gestellt hat., 5