

# **AR\_GERICHTE OG O4V-19-17 vom 4. Juli 2019**

AR Gerichte, 2019-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG\\_O4V-19-17](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O4V-19-17)

FR: AR\_GERICHTE OG O4V-19-17 du 4 juillet 2019

IT: AR\_GERICHTE OG O4V-19-17 del 4 luglio 2019

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 4. Abteilung Die von dem Gesuchsteller gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde an das Bundesgericht hat dieses mit Entscheidungsdatum vom 10. Juli 2020 abgewiesen (1C\_533/2019) Beschluss vom 4. Juli 2019 Mitw

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ist in einem Verfahren vor Obergericht in Verwaltungssachen ein Ausstandsgrund streitig, so entscheidet nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) i.V.m. Art. 1 Abs. 2 des Justizgesetzes (JG, bGS 145.31) bei Mitgliedern sowie bei der Aktuarin oder dem Aktuar einer Kollegialbehörde diese Behörde unter Ausschluss der betroffenen Person. Ist - wie im vorliegenden Fall - ein Ausstandsgrund streitig gegenüber einem Gerichtsschreiber des Obergerichts, sieht Art. 47 lit. c JG zudem vor, dass die betreffende Abteilung unter Beizug eines Ersatzmitglieds über den Ausstandsgrund entscheide. Demgemäss ist für das vorliegende Verfahren betreffend Ausstandsbegehren gegen den Gesuchsgegner im Verfahren O4V 18 35, welches eine Seite 5 Beschwerde im Bereich Baurecht zum Gegenstand hat und somit von der 4. Abteilung des Obergerichts zu behandeln sein wird (vgl. Staatskalender von Appenzell Ausserrhoden, abrufbar unter <https://staatskalender.ar.ch/>), die 4. Abteilung des Obergerichts unter Ausschluss des Gesuchsgegners zuständig.

### **E. 2**

Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) sieht vor, dass jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist hat. Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht.

Hier in Frage steht die Mitwirkung des Gesuchsgegners als Gerichtsschreiber im obergerichtlichen Beschwerdeverfahren O4V 18 35. Die Aufgaben eines Gerichtsschreibers sind in Art. 33 JG wie folgt festgelegt: „Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen sind Aktuare und Aktuarinnen der Gerichtsabteilungen und Kommissionen. Sie führen an Abteilungssitzungen, Augenscheinen und Beweisabnahmen das Protokoll, bereiten die Gerichtsentscheide vor und nehmen mit beratender Stimme und Antragsrecht an den Urteilsberatungen teil. Sie unterzeichnen die von ihnen verfassten Entscheide zusammen mit dem oder der Abteilungsvorsitzenden. Sie können zur Unterstützung der Einzelrichter und Einzelrichterinnen beigezogen werden.“ Angesichts dieser im Rahmen der

Urteilsfindung durchaus gewichtigen Mitwirkung erstreckt sich der verfassungsmässige Anspruch auf ein faires Verfahren und ein unabhängiges Gericht grundsätzlich auch auf die Person des Gerichtsschreibers (vgl. dazu auch BGE 124 I 255, E. 5c/aa).

Dieser Anspruch ist verletzt, wenn bei objektiver Betrachtungsweise im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Gerichtsschreibers zu erwecken. Da Befangenheit ein innerer, schwer nachweisbarer Zustand ist, braucht ihr tatsächliches Vorliegen nicht bewiesen zu werden. Es genügt bereits, wenn Umstände bestehen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können namentlich in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Gerichtsschreibers oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur liegen. Auf das bloss subjektive Empfinden einer Partei kann allerdings nicht abgestellt werden. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. dazu anstelle vieler: Urteil des Seite 6 Bundesgerichts 2C\_425/2018 vom 25. März 2019, E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 1B\_51/2019 vom 28. März 2019, E. 3.1).

### **E. 3**

Art. 8 VRPG konkretisiert die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 30 Abs. 1 BV und sieht konkrete Regeln zum Ausstand im kantonalen Verwaltungsverfahren vor. Gemäss Art. 8 Abs. 1 VRPG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, wenn sie • mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (lit. a); • bereits am Vorentscheid mitgewirkt haben (lit. b); • sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (lit. c); • in Sachen einer juristischen Person am Ergebnis erheblich interessiert sind (lit. d); • aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (lit. e).

Im hier zu beurteilenden Fall stehen die Ausstandsgründe im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. a, c und d VRPG zum Vorherein nicht zur Diskussion, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

### **E. 4**

Der Gesuchsteller macht aber sinngemäss geltend, es liege eine zwingend zum Ausstand führende Vorbefassung des Gesuchsgegners vor, weil dieser am vorinstanzlichen Verfahren mitgewirkt habe. Damit ist zunächst näher zu prüfen, ob im vorliegenden Fall allenfalls ein Ausstandsgrund im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. b VRPG gegeben ist.

a. Aus den Akten im Verfahren O4V 18 35 ergibt sich, dass der Gesuchsteller, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, am 20. Juni 2017 beim DBV einen Rekurs einreichen liess (VI-act. 1). Der Gesuchsgegner, der zu diesem Zeitpunkt als Leiter des Rechtsdienstes beim DBV tätig war, bestätigte dem Rechtsanwalt des Gesuchstellers mit Schreiben vom 27. Juni 2017 den Eingang des Rekurses und forderte einen Kostenvorschuss ein (VI-act. 3). Nach Eingang des Kostenvorschusses gab der Gesuchsgegner den Vorinstanzen am 10. Juli 2017 Kenntnis von der Rekurseingabe, forderte sie auf, die Vorakten einzureichen und gab ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zum Rekurs (VI-act. 4).

b. Die Einholung eines Kostenvorschusses stellt eine rein formelle Verfahrenshandlung dar, für welche es noch nicht nötig (und in der Regel auch gar nicht möglich) ist, sich bereits materiell mit der Streitsache näher zu befassen. Eine vertiefte materielle

Auseinandersetzung mit einer Streitsache ist in der Regel nämlich erst möglich, wenn die Vorakten erst einmal vollständig vorliegen und auch die Vernehmlassungen bei den Seite 7 Vorinstanzen eingeholt worden sind. Die verfahrenseinleitenden Handlungen des Gesuchsgegners (konkret: die Einholung des Kostenvorschusses beim Gesuchsteller und die anschliessende Aufforderung an die Vorinstanzen, die Vorakten sowie allenfalls eine Vernehmlassung einzureichen) erfolgten vor diesem Zeitpunkt.

c. Aus den dem Gericht vorliegenden Akten im Verfahren O4V 18 35 ist kein weiteres Handeln des Gesuchsgegners im Zusammenhang mit dem Rekursverfahren vor dem DBV ersichtlich. Das Rekursverfahren wurde nach dem Eingang der vor- und vorvorinstanzlichen Akten und Stellungnahmen von anderen juristischen Mitarbeitern des DBV weiterbearbeitet (VI-act. 9 und 10: von C\_\_\_\_\_; VI-act. 12-14: von D\_\_\_\_). Per 31. September 2017 trat der Gesuchsgegner aus dem Rechtsdienst des DBV aus und ist seit dem 1. Oktober 2017 als Obergerichtsschreiber der vierten Abteilung des Obergerichts tätig. Der Gesuchsgegner war somit insbesondere weder am erst über vier Monate nach seinem Ausscheiden aus dem Rechtsdienst des DBV durchgeführten Augenschein vom 7. Februar 2018 anwesend oder beteiligt, noch wäre ersichtlich, dass er in irgendeiner Art und Weise am noch späteren Rekursentscheid des DBV, welcher im Verfahren O4V 18 35 angefochten ist, mitgewirkt hätte. Der angefochtene Rekursentscheid vom 14. November 2018 erging notabene erst, als der Gesuchsgegner bereits seit über einem Jahr gar nicht mehr im Rechtsdienst des DBV, sondern längst als Obergerichtsschreiber tätig war.

d. Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass sich aus den Akten klar ergibt, dass sich die Handlungen des Gesuchsgegners im Rahmen des Rekursverfahrens vor dem DBV auf die ersten, rein verfahrenseinleitenden Schritte beschränkten - wie dies der Gesuchsgegner auch ausdrücklich selbst geltend macht. Diese verfahrenseinleitenden Handlungen erforderten offensichtlich noch keine nähere materielle Auseinandersetzung mit der Streitsache. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermögen selbst deutlich weitreichendere Verfahrensmassnahmen - wie etwa die Abweisung von Beweisanträgen - noch keinen objektiven Verdacht der Voreingenommenheit der verfügenden Person begründen, nicht einmal, wenn diese falsch sind. Als möglicher Ablehnungsgrund im Zusammenhang mit Verfahrensmassnahmen, die eine Person getroffen hat, kommen daher in der Regel nur besonders krasse Versäumnisse und Mängel in Frage (vgl. dazu Urteile des Bundesgerichts 4A\_236/2017 vom 24. November 2017, E. 3.3 und 1B\_2/2015 vom 19. März 2015, E. 4.3, je m.w.H.). Dass solche Versäumnisse oder Mängel im konkreten Fall vorliegen würden, wird vom Gesuchsteller weder behauptet noch belegt noch ergeben sich irgendwelche Anhaltspunkte dafür aus den Akten. Die vom Gesuchsgegner getätigten einleitenden Verfahrensmassnahmen lassen unter den gegebenen Umständen keine unzulässige Einflussnahme auf den späteren Entscheid vermuten, sondern stellen als übliche Handlungen im Rahmen des Schriftenwechsels ein gesetzlich Seite 8 vorgesehenes Vorgehen dar, das für sich allein zum Vornherein nicht zum Ausstand führen kann (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C\_142/2018 vom 3. August 2018, E. 3.2 in fine).

Es liegt somit kein Ausstandsgrund im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. b VRPG vor.

## **E. 5**

Damit bleibt zu prüfen, ob der Gesuchsgegner allenfalls aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnte, was gemäss der Auffangbestimmung in Art. 8 Abs. 1 lit. e VRPG ebenfalls einen Ausstandsgrund darstellen würde.

a. Der Gesuchsteller weist im Rahmen seiner Replik darauf hin, er gehe davon aus, dass der Gesuchsgegner im Rahmen der Eröffnung des Verfahrens und Weitergabe der Akten mit den zuständigen Amtspersonen über den zu beurteilenden Sachverhalt gesprochen habe; dies führe dazu, dass ein Ausstand zwingend notwendig sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass - wie bereits unter E. 4 vorstehend dargelegt - nicht ersichtlich wäre, dass sich der Gesuchsgegner im Rahmen der blossen Verfahrenseinleitung überhaupt bereits materiell näher mit der Streitsache befasst hätte. Es besteht unter diesen Umständen zum Vornherein kein Grund, anzunehmen, der Gesuchsgegner habe wichtige Einzelheiten mit Bezug auf den erst noch zu fällenden Rekursentscheid bereits mit dem zuständigen Regierungsrat oder anderen Personen im DBV diskutiert. Wichtige Verfahrenshandlungen, die erst Grundlage für den später zu fällenden Entscheid darstellten, namentlich die Durchführung eines Augenscheins, erfolgten schliesslich nachweislich erst nach dem Ausscheiden des Gesuchsgegners aus dem Rechtsdienst des DBV. Die noch vom Gesuchsgegner eingeholten Vernehmlassungen der Vorinstanzen im Rahmen des Rekursverfahrens gingen beim DBV bis Ende August 2017 ein, einem Zeitpunkt, in welchem die berufliche Neuorientierung des Gesuchsgegners bereits bekannt war. Genau das dürfte einen Grund dafür darstellen, dass die nächste verfahrensleitende Handlung eben gerade nicht mehr vom Gesuchsgegner, sondern erst rund einen Monat nach dessen Ausscheiden aus dem Rechtsdienst des DBV von einem anderen juristischen Mitarbeiter, nämlich C\_\_\_\_\_, vorgenommen wurde (vgl. VI-act. 9 im Verfahren O4V 18 35), welcher sich dann im Verlauf des weiteren Rekursverfahrens auch materiell mit der Streitsache auseinandersetzte und einen Augenschein anordnete.

b. Insbesondere aber liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass irgendwelche „bilaterale verwaltungsinterne Gespräche“ unter Mitwirkung des Gesuchsgegners in einem Art geführt worden wären, die zu einem Ausstandsgrund im Verfahren O4V 18 35 führen könnten. Selbstverständlich hat der Gesuchsgegner vor seinem Ausscheiden aus dem Rechtsdienst Seite 9 des DBV unter anderem auch das pendente Dossier betreffend die Bausache des Gesuchstellers an einen anderen Mitarbeiter des Departements übergeben und es ist gut möglich, dass während dieser Übergabe gesprochen worden ist. Gerade auch angesichts des frühen Verfahrensstands, in dem sich das Rekursverfahren bei dieser Übergabe befand, besteht mangels gegenteiliger konkreter Anhaltspunkte kein Grund, anzunehmen, der Gesuchsgegner habe sich im Rahmen dieser Dossierübergabe in irgendeiner Form geäussert, die zu einem Ausstandsgrund im Beschwerdeverfahren O4V 18 35 führen könnte. Der Gesuchsteller bringt diesbezüglich auch nichts Konkretes vor. Gemäss ständiger Rechtsprechung (vgl. dazu anstelle vieler: Urteil des Bundesgerichts 4A\_236/2017 vom 24. November 2017, E. 3.3, m.w.H.) könnten unter den gegebenen Umständen nur besonders krasse Fehler oder wiederholte Irrtümer des Gesuchsgegners allenfalls zu einem Ausstandsgrund führen, nämlich dann, wenn solche konkreten Handlungen als derart schwere Pflichtverletzung beurteilt werden müssten, dass sie den Anschein der Voreingenommenheit tatsächlich begründen würden. Dass Derartiges im vorliegenden Fall anzunehmen wäre, wird aber weder in konkreter Form geltend gemacht noch ist unter den gegebenen Umständen ersichtlich, dass dies der Fall gewesen sein könnte.

Im konkreten Fall ist somit auch kein Ausstandsgrund im Sinn der Auffangbestimmung von Art. 8 Abs. 1 lit. e VRPG erkennbar.

## **E. 6**

Zusammengefasst sind somit im konkreten Fall keine objektiven Umstände auszumachen, welche geeignet wären, auch nur den Anschein einer unzulässigen Befangenheit des Gesuchsgegners im Verfahren O4V 18 35 zu begründen. Es bestehen weder Anhaltspunkte dafür, davon auszugehen, dass sich der Gesuchsgegner noch während seiner Tätigkeit beim Departement Bau und Volkswirtschaft überhaupt vertieft mit der konkreten Streitsache befasst und sich darüber bereits damals eine abschliessende Meinung gebildet hätte, noch rügt der Gesuchsteller irgendein konkretes Verhalten des Gesuchsgegners, welches allenfalls per se einen objektiven Verdacht der Befangenheit begründen könnte. Entsprechend ist das Ausstandsbegehren abzuweisen.

#### **E. 7**

Wer eine Amtshandlung verlangt oder veranlasst, hat die Verfahrenskosten zu entrichten (Art. 19 Abs. 1 VRPG). Im vorliegenden Fall trifft somit den Gesuchsteller als mit seinem Ausstandsbegehren unterliegende Partei grundsätzlich eine Kostentragungspflicht. Aus Gründen der Billigkeit kann gestützt auf Art. 22 Abs. 4 VRPG allerdings ausnahmsweise auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet werden. Seite 10

Zumal der Gesuchsteller aus seiner Sicht durchaus Anlass zu haben schien, im vorliegenden Fall ein Ausstandsbegehren zu stellen und ihm erst im Rahmen dieses Beschlusses im Verfahren O4V 19 17 abschliessend dargelegt werden konnte, weshalb seinem Ausstandsbegehren gegen den Gesuchsgegner im konkreten Fall klar nicht stattzugeben ist, wird - ohne Präjudiz für künftige Fälle - auf eine Kostenerhebung ausnahmsweise verzichtet.

Parteientschädigungen sind beim vorliegenden Verfahrensausgang keine zuzusprechen.

Seite 11

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.