

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2017.00022 vom 31. Januar 2018**

ZH Verwaltungsgericht, 2018-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_SB.2017.00022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__SB.2017.00022)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2017.00022 du 31 janvier 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2017.00022 del 31 gennaio 2018

## **Regeste**

Grundstückgewinnsteuer (2. Rechtsgang) | [2. Rechtsgang nach Rückweisung zur Neubeurteilung und zum Neuentscheid zufolge Verletzung der Ausstandspflicht an die Vorinstanz] Das Steuerrekursgericht stellt sich auch in seinem Neuentscheid auf vom ausstandspflichtigen früheren Referenten vorgenommenen Verfahrenshandlungen ab. Der Neuentscheid entspricht praktisch wortwörtlich dem vom ausstandspflichtigen Referenten geschriebenen Entscheid im 1. Rechtsgang. Dies erweckt Zweifel an ihrer Unvoreingenommenheit. Gutheissung der Beschwerde und abermals Rückweisung zur Neubeurteilung.

## **Erwägungen**

### **E. 2.1**

Im 1. Rechtsgang hatte das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 24. August 2016 den Entscheid des Steuerrekursgerichts vom 25. November 2015 zufolge Verletzung der Ausstandspflicht aufgehoben, die Beschwerde daher gutgeheissen und die Sache zur Neubeurteilung und zum Neuentscheid an das Steuerrekursgericht zurückgewiesen. Am 31. Januar 2017 fällte das Steuerrekursgericht in neuer Besetzung einen Neuentscheid, der mit dem Entscheid vom 25. November 2015 – bis auf die neue Besetzung – praktisch identisch ist.

### **E. 2.2**

Infolgedessen rügt der Pflichtige, dass der Entscheid des Steuerrekursgerichts vom 31. Januar 2017 in offensichtlichster Weise auf den Vorarbeiten des instruierenden Richters, der vom Verwaltungsgericht als befangen bezeichnet worden sei, beruhe. Der textuelle Vergleich zwischen dem aufgehobenen Entscheid des Steuerrekursgerichts vom 25. November 2015 und dem angefochtenen Entscheid zeige deutlich, dass sich der angefochtene Entscheid durch eine als befangen bezeichnete Person beeinflusst worden sei. Das Steuerrekursgericht habe den Entscheid gefällt, ohne dass er zum vom befangenen Instruktionsrichter aufgestellten Resultat des Instruktionsverfahrens hätte Stellung nehmen können und ohne dass sich das Steuerrekursgericht dieses Resultat hinsichtlich Richtigkeit und Konsistenz überprüft und beurteilt hätte. Die vollständige und unkritische Übernahme des durch einen befangenen Instruktionsrichter festgestellten Sachverhalts stelle seinerseits wiederum eine Befangenheit des Spruchkörpers dar.

### **E. 2.3.1**

Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 Satz 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; BGE 136 I

207 E. 3.1). Demgemäss haben nach § 119 Abs. 1 StG Personen, die beim Vollzug des Steuergesetzes in einer Sache zu entscheiden oder an einer Verfügung oder Entscheidung in massgeblicher Stellung mitzuwirken haben, unter anderem dann in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen (lit. d).

### **E. 2.3.2**

Ist ein Ausstandsgrund erfüllt, hat die betroffene Person in den Ausstand zu treten. Dies bedeutet, dass die Gerichtsperson nicht an der Instruktion und Entscheidung der Streitsache mitwirken darf, und zwar auch nicht in informeller Weise. Eine Abwesenheit nur bei der Urteilsfällung ist somit nicht ausreichend (BGE 128 V 82 E. 3c). Der Ausstand enthält im Weiteren die Pflicht zur physischen Entfernung der Gerichtsperson vom Fall: Sie darf sich während der Verhandlungen nicht im Gerichtssaal aufhalten. Stille Anwesenheit und Stimmenthaltung reichen nicht aus (Regina Kiener, Kommentar VRG, § 5a N. 47; Reto Feller, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Bern 2008, Art. 10 VwVG N 32). Es muss vielmehr sichergestellt sein, dass die Gerichtsperson in keiner Weise den Entscheid beeinflussen kann, beispielsweise auch, indem sie ihre Auffassung vor der Urteilsberatung oder im Verlauf der Instruktion des Falles oder auch bei der Redaktion der Urteilsmotivierung bekannt gibt (BGE 128 V 82 E. 3c; vgl. zum Ganzen David Rüetschi, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 47 ZPO N. 4).

### **E. 2.3.3**

Verfahrenshandlungen, an denen eine befangene Person beteiligt war und die somit in Verletzung der Ausstandsvorschriften ergangen sind, müssen grundsätzlich wiederholt, entsprechende Anordnungen aus dem Verfahren entfernt und allenfalls ergangene Anordnungen aufgehoben werden (BGE 119 Ia 13 E. 3a; vgl. auch zum Ausstand von Behördenmitgliedern BGr, 24. März 2009, 2C\_732/2008, E. 2.2.2; BVGr, 1. September 2008, B-8282/2007; Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 369). Nicht wiederholbare Beweismassnahmen dürfen von der entscheidenden Instanz berücksichtigt werden (in Analogie zu Art. 38 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005). Andere Verfahrensmassnahmen, seien sie richtig oder falsch, oder ein in den Augen des Betroffenen materiell falscher Entscheid vermögen im Allgemeinen keinen objektiven Verdacht der Befangenheit zu erregen (BGr, 27. Mai 2013, 2C\_219/2013, E. 2.1; BGE 114 Ia 153 E. 3b/bb; 115 Ia 400 E. 3b).

### **E. 2.4**

Aufgrund des Rückweisungsgrunds – Verletzung der Ausstandspflicht – war das Steuerrekursgericht folglich gehalten, die Sache in verfassungs- und gesetzeskonformer Besetzung nochmals neu zu beurteilen und Verfahrenshandlungen, an denen der ausstandspflichtige Richter beteiligt gewesen war, aus dem Verfahren zu entfernen und allenfalls ergangene Anordnungen aufzuheben. Auf weitere Sachverhaltsabklärungen sowie auch auf die Wiederholung von Verfahrenshandlungen, an denen der ausstandspflichtige Richter beteiligt war, durfte die neue Besetzung hingegen verzichten, sofern sie die Sache ohne diese Abklärungen als spruchreif erachtete oder es sich um nicht wiederholbare Beweismassnahmen handelte.

#### **E. 2.4.1**

Aus dem Protokollheft des Steuerrekursgerichts geht hervor, dass der damalige Referent F am 9. Juli 2014 ein Telefonat mit dem Steuerkommissär G vom kantonalen Steueramt

geführt hat. Mit Verfügung vom 13. Oktober 2014 setzte er dem Pflichtigen Frist zur Einreichung von Unterlagen und zum Erteilen schriftlicher Auskünfte an. Im Anschluss daran setzte er am 10. November 2014 der Beschwerdegegnerin eine Frist zur Stellungnahme an. Mit Verfügung vom 20. Mai 2015 räumte er sodann den Parteien die Gelegenheit ein, zum Antrag auf Heraufsetzung der Grundstückgewinnsteuer Stellung zu nehmen. Auf diese vom ausstandspflichtigen früheren Referenten F vorgenommenen Verfahrenshandlungen stellt das Steuerrekursgericht auch in seinem Neuentscheid vom 31. Januar 2017 ab, ohne sich zur Problematik auch nur ansatzweise zu äussern (vgl. E. 2.4 i.f.; E. 2.3.3).

#### **E. 2.4.2**

Sodann entspricht der Neuentscheid vom 31. Januar 2017 praktisch wortwörtlich dem vom ausstandspflichtigen Referenten F geschriebenen Entscheid im 1. Rechtsgang vom 25. November 2015. Wie der Pflichtige zu Recht rügt, ist damit der Einfluss der befangenen Gerichtsperson insbesondere bei der Redaktion der Urteilsmotivierung unübersehbar (vgl. E. 2.3.2). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich das Steuerrekursgericht in neuer Zusammensetzung eingehend mit dem Fall befasst habe und zum gleichen Schluss gekommen sei, wie es in seiner Vernehmlassung vom 22. März 2017 beteuert. Selbst wenn sich das Steuerrekursgericht in neuer Besetzung nach kritischem Hinterfragen der Meinung des ausstandspflichtigen Referenten anschliesst, scheint es ausgeschlossen, dass es zum praktisch wortwörtlich identischen Urteil gelangt. Denn nachdem der fehlerhaft zustande gekommene Entscheid vom 25. November 2015 durch das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 24. August 2016 aufgehoben worden ist, existiert dieser Entscheid nicht mehr und ist – ähnlich wie Verfahrenshandlungen, an denen eine befangene Person beteiligt war – "aus dem Verfahren zu entfernen" (vgl. E. 2.3.3), um sämtliche Beeinflussung durch eine befangene Person auszuschliessen. Da gar kein zu verändernder Entscheid mehr existiert, geht es also auch nicht um "grundlos kosmetische Veränderungen", was laut Steuerrekursgericht nicht seine Aufgabe sein könne. Vielmehr geht es darum, dass die Sache in verfassungs- und gesetzeskonformer Besetzung neu beurteilt wird.

#### **E. 2.4.3**

Dabei wird vom Gericht zwar weder erwartet, dass es den ganzen Sachverhalt neu erstellt, noch dass es seinen Neuentscheid auf andere Rechtsgrundlagen abstützt. Unabdingbar ist indessen, dass es die rechtlichen Konsequenzen der früheren Mitwirkung eines ausstandspflichtigen Richters bei der Sachverhaltsfeststellung und Urteilsfindung berücksichtigt. Wie erwähnt, sind Verfahrenshandlungen, an denen eine befangene Person beteiligt war und die somit in Verletzung der Ausstandsvorschriften ergangen sind, gegebenenfalls zu wiederholen und entsprechende Anordnungen aus dem Verfahren zu entfernen (E. 2.3.3). Letzteres gilt insbesondere auch für den Urteilsvorschlag des früheren ausstandspflichtigen Referenten, um sicherzustellen, dass er den Neuentscheid in keiner Weise beeinflussen kann (E. 2.3.2). Die neue Besetzung missachtete diese rechtlichen Konsequenzen der Mitwirkung eines ausstandspflichtigen Richters und erachtete dessen Einfluss auf das Urteil als unbedenklich, indem es gleich dessen gesamten Urteilsvorschlag zum eigenen Neuentscheid machte. Ob die Richter der neuen Besetzung durch dieses Vorgehen tatsächlich befangen oder voreingenommen waren, ist unerheblich. Es genügt das Vorliegen von Umständen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 133 I 89 E. 3.2). Bei der Beurteilung dieser Umstände darf nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden; das

Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (statt vieler BGE 137 II 431 E. 5.2). Dies ist vorliegend der Fall: Der Neuentscheid ist praktisch wörtlich identisch mit dem Entscheid aus den Federn eines ausstandspflichtigen Richters. Unabhängig davon, ob die neue Besetzung alles wirklich kritisch hinterfragt hat, hat sie sich von der Auffassung und den Formulierungen des ausstandspflichtigen Richters in einem erheblichen Ausmass leiten lassen, indem sie dessen Urteil zum eigenen Entscheid erhob. Dies erweckt Zweifel an ihrer Unvoreingenommenheit.

### **E. 2.5**

Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache abermals zur Neubeurteilung in verfassungs- und gesetzeskonformer Besetzung unter Berücksichtigung der Konsequenzen des Ausstands zurückzuweisen. Dies bedeutet angesichts der Gefahr der Voreingenommenheit der Besetzung in 1 GR.2016.37, dass nicht vom Ausstand betroffene (Ersatz-) Mitglieder des Steuerrekursgericht neu zu entscheiden haben werden, wobei sicherzustellen ist, dass befangene Personen keinen Einfluss auf den Neuentscheid haben.

### **E. 3**

Da die Rückweisung auf einen Verfahrensfehler der Vorinstanz zurückzuführen ist, auf den die Parteien keinen Einfluss hatten, sind die Kosten der Vorinstanz aufzuerlegen (§ 151 Abs. 1 in Verbindung mit § 153 Abs. 4 und § 213 StG). Dem Beschwerdeführer steht eine angemessene Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 in Verbindung mit § 152, § 153 Abs. 4 und § 213 StG). Der Beschwerdegegnerin, die mit ihrem Antrag unterlegen ist, ist hingegen keine Parteientschädigung zuzusprechen.

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