

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00009 vom 21. September 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-09-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00009)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00009 du 21 septembre 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00009 del 21 settembre 2015

## Regeste

Quartierplan | Quartierplanverfahren/Anordnung eines Gutachtens. [Das Verwaltungsgericht verlangte im Rahmen eines Rückweisungsentscheids zur Vervollständigung des Sachverhalts die Einholung eines Gutachtens eines unabhängigen Sachverständigen. Daraufhin beauftragte das Baurekursgericht den Koreferenten des ersten Rechtsgangs mit einem Fachbericht. Umstritten ist, ob diese Anordnung den Vorgaben des verwaltungsgerichtlichen Rückweisungsentscheids genügt.] Die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden richtet sich im zürcherischen Verwaltungsrechtspflegeverfahren grundsätzlich nach den gleichen Kriterien wie vor Bundesgericht. Die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes sind allerdings lediglich "sinngemäss" anwendbar, sodass dem Verwaltungsgericht bis zu einem gewissen Grad Raum für eine eigenständige Auslegung des kantonalen Rechts bleibt (E. 1.2.3). Soweit in der vorinstanzlichen Anordnung die Befangenheit des Koreferenten für die Erstellung eines Fachberichts verneint wird, ist ein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid über den Ausstand gegeben (E. 1.2.4). Aber auch insofern, als im vorliegenden Fall Fragen thematisiert werden, welche über die gesetzlichen Ausstandsgründe hinausgehen, ist es aufgrund der besonderen Umstände geboten, auf den angefochtenen Zwischenentscheid einzutreten. Das rechtliche Gehör der Parteien würde in erheblicher und kaum heilbarer Weise verletzt, wenn sich die Vorinstanz über die verbindlichen Erwägungen des Rückweisungsentscheids hinwegsetzen und gegebenenfalls anstelle eines vorgeschriebenen externen Gutachtens einen Fachbericht einholen würde. Zudem bestünde bei Nichteintreten das Risiko einer übermässigen Verfahrensverzögerung (E. 1.2.5). Bei einem Fachbericht des Baurekursgerichts handelt es sich formell nicht um ein Gutachten, sondern um einen Bestandteil der richterlichen Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung (E. 4.3). In der vorliegenden Angelegenheit wurde das Baurekursgericht aufgrund des konkreten Wortlauts des verwaltungsgerichtlichen Rückweisungsentscheids zur Einholung eines externen Sachverständigengutachtens verpflichtet. Der klare Rückweisungsauftrag des Verwaltungsgerichts belies keinen Ermessensspielraum, sodass ein Fachbericht den Vorgaben nicht genügt (E. 4.4). Frage offengelassen, ob beim Koreferenten des Baurekursgerichts für die Begutachtung der Angelegenheit ein Anschein der Befangenheit besteht. Der Umstand, dass nach erfolgter Rückweisung ein am ersten Rechtsgang beteiligter Baurekursrichter mit einem Fachbericht befasst wird, führt für sich allein jedenfalls noch nicht zu einer unzulässigen Vorbefassung (E. 4.6). Auferlegung der Gerichtskosten an die Vorinstanz (E. 5.2). Kein Anspruch des obsiegenden Gemeinwesens auf eine Parteientschädigung (E. 5.3). Gutheissung der Beschwerde.

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung VB.2016.00009 Urteil der 3. Kammer vom 12. Mai 2016 Mitwirkend: Abteilungspräsident Rudolf Bodmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter Matthias Hauser, Gerichtsschreiberin Danielle Schneider. In Sachen Gemeinde A, vertreten durch den Gemeinderat, dieser vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen 1. C, vertreten durch RA D, 2. E, vertreten durch RA F, Beschwerdegegnerschaft, und 1.1 G, 1.2 H, 2.1 I, 2.2 J, Mitbeteiligte, betreffend Quartierplan, hat sich ergeben: I. A. Am 22. Oktober 2013 setzte der Gemeinderat A den Quartierplan K fest. Die dagegen erhobenen Rekurse von C und E hiess das Baurekursgericht am 2. Juli 2014 teilweise gut und lud den Gemeinderat A ein, den Quartierplan in verschiedenen Punkten zu überarbeiten und neu festzusetzen. B. Mit Urteil vom 21. September 2015 (VB.2014.00480) hiess das Verwaltungsgericht die gegen den Rekursentscheid ergriffene Beschwerde der Gemeinde A teilweise gut und wies die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinn der Erwägungen an das Baurekursgericht zurück (Dispositiv-Ziffer 1). In den Erwägungen hielt das Verwaltungsgericht insbesondere fest, dass für die Einschätzung der Verkehrssicherheitslage Fachkenntnisse vonnöten seien, wozu es der Einholung eines Gutachtens eines unabhängigen Sachverständigen bedürfe. Das Urteil blieb unangefochten. II. A. Das Baurekursgericht nahm mit Präsidialverfügung vom 30. November 2015 von der Rückweisung der Akten durch das Verwaltungsgericht Vormerk und teilte den Parteien mit, dass im Hinblick auf die noch vorzunehmenden Abklärungen ein Fachbericht des Koreferenten eingeholt werde. B. Am 7. Dezember 2015 gelangte die Gemeinde A an das Verwaltungsgericht und ersuchte um Erläuterung und Ergänzung von Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils vom 21. September 2015. Die Gemeinde A begründete ihr Gesuch im Wesentlichen damit, dass das Baurekursgericht mit Präsidialverfügung vom 30. November 2015 einen gerichtlichen Fachbericht des Koreferenten – und nicht ein Gutachten eines unabhängigen, externen Sachverständigen – angeordnet habe. Dies entspreche nicht dem Auftrag des verwaltungsgerichtlichen Rückweisungsentscheids vom 21. September 2015. Ausserdem rügte sie, dass beim Koreferenten des Baurekursgerichts der Anschein der Befangenheit bestehe. Mit Urteil vom 16. Dezember 2015 (EG.2015.00001) wies das Verwaltungsgericht das Gesuch der Gemeinde A ab, da es das infrage stehende Dispositiv nicht als erläuterungsbedürftig erachtete. C. In der Folge setzte das Baurekursgericht die Rekursverfahren betreffend Quartierplan mit Präsidialverfügung vom 6. Januar 2016 fort (Dispositiv-Ziffer I) und hielt an seiner Absicht fest, für die im zweiten Rechtsgang vorzunehmenden Abklärungen einen Fachbericht des Koreferenten einzuholen (Dispositiv-Ziffer II). Den Parteien wurde Frist bis zum 27. Januar 2016 eingeräumt, um Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu den Fachberichtsfragen zu stellen (Dispositiv-Ziffer III). III. A. Dagegen erhob die Gemeinde A am 8. Januar 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, Dispositiv-Ziffer II der vorinstanzlichen Präsidialverfügung vom 6. Januar 2016 sei – unter gleichzeitiger Abnahme der in Dispositiv-Ziffer III angesetzten Frist – integral aufzuheben. Ferner sei das Baurekursgericht einzuladen, die mit Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2015 aufgetragene Vervollständigung des Sachverhalts einem unabhängigen, externen Sachverständigen zur Begutachtung zu übertragen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse. B. Am 10. Februar 2016 bzw. am 11. Februar 2016 verzichteten E und C auf die Einreichung einer Beschwerdeantwort. Das Baurekursgericht beantragte am 12. Februar 2016 die Abweisung der Beschwerde unter den

üblichen Kostenfolgen und verwies zur Begründung insbesondere auf die Erwägungen der angefochtenen Verfügung. Die Parteien liessen sich zu dieser Eingabe nicht vernehmen. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. 1.2 Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Präsidialverfügung der Vorinstanz vom 6. Januar 2016 ein taugliches Anfechtungsobjekt der Beschwerde bildet. 1.2.1 Obwohl eine Rechtsmittelbelehrung fehlt, ist die vorinstanzliche Präsidialverfügung als selbständig eröffneter Zwischenentscheid zu qualifizieren. Als verfahrensleitende Verfügung schliesst sie das Verfahren nicht ab, sondern stellt einen – hoheitlich angeordneten – Zwischenschritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung dar. Formfehler führen grundsätzlich nicht zum Wegfall des Verfügungscharakters. Die wesentlichen Elemente einer Verfügung sind vorliegend vorhanden. Auch deutet nichts darauf hin, dass der Vorinstanz der Wille gefehlt haben könnte, einen selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zu fällen (vgl. Felix Uhlmann, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. A., Basel 2011 [Basler Kommentar BGG], Art. 92 N. 5; VGr, 19. Juni 2013, VB.2013.00292, E. 4.2 f.). 1.2.2 Nach § 41 Abs. 3 in Verbindung mit § 19a Abs. 2 VRG richtet sich die Anfechtbarkeit von Teil-, Vor- und Zwischenentscheiden sinngemäss nach den Art. 91–93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG). Gemäss Art. 92 BGG können selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren im Anschluss an ihre Eröffnung angefochten werden; eine spätere Beschwerde ist ausgeschlossen. Gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ist nach Art. 93 Abs. 1 BGG die Beschwerde nur zulässig, wenn sie entweder einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). 1.2.3 Bei der Anwendung von § 19a Abs. 2 VRG hat das Verwaltungsgericht grundsätzlich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 91–93 BGG zu beachten (VGr, 21. November 2013, VB.2013.00387, E. 1.1.1; 28. Februar 2013, VB.2012.00558, E. 1.2.2). Nach dem Wortlaut von § 19a Abs. 2 VRG richtet sich die Anfechtung von Zwischenentscheiden allerdings lediglich "sinngemäss" nach Art. 91–93 BGG. Dies lässt dem Verwaltungsgericht bis zu einem gewissen Grad Raum für eine eigenständige Auslegung von § 19a Abs. 2 VRG, der trotz des darin enthaltenen Verweises auf Bundesrecht eine kantonale Bestimmung darstellt. Deshalb kann sich im Rahmen der Anwendung von § 19a Abs. 2 VRG unter Umständen auch ein Zwischenentscheid als anfechtbar erweisen, der vor Bundesgericht nach Art. 91–93 BGG nicht angefochten werden könnte ( vgl. Alain Griffel, Rekurs, in: Alain Griffel/Tobias Jaag [Hrsg.], Reform der Zürcher Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St. Gallen 2010, S. 52 a. E. ). Letzteres drängt sich umso mehr auf, als das Verwaltungsgericht als oberstes kantonales Gericht die Verantwortung dafür trägt, dass innert angemessener Frist ein kantonaler Endentscheid erreicht werden kann, der überhaupt erst den Weiterzug an das Bundesgericht ermöglicht (VGr, 21. Mai 2014, VB.2014.00055, E. 1.3.2; 28. Februar 2013, VB.2012.00558, E. 1.2.2; Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 19a N. 8 ff.). 1.2.4 Anordnungen über Beweismassnahmen haben in der Regel keinen voraussichtlich nicht behebbaren Nachteil zur Folge (Bertschi, § 19a N. 48). Allerdings sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Zwischenentscheide über den Ausstand eines Sachverständigen grundsätzlich gemäss Art. 92 BGG anfechtbar, ohne dass ein nicht wiedergutzumachender Nachteil verlangt wird (BGE 138 V 271 E. 2.2.1; BGr, 12. Mai 2010, 9C\_304/2010, E. 2.1). Ob eine Streitigkeit nach Art. 92 BGG vorliegt, beurteilt sich nach dem Gegenstand des angefochtenen Zwischenentscheids. Ein Zwischenentscheid über den Ausstand ist gemäss Bundesgericht gegeben, wenn es um formelle bzw. gesetzliche Ausstandsgründe geht (BGr, 4. Januar 2016, 8C\_923/2015; 12. Mai 2010, 9C\_304/2010, E. 2.1; Bertschi, § 19a N. 40 mit weiteren Hinweisen). In der angefochtenen Präsidialverfügung setzte sich die Vorinstanz ausführlich mit der Frage auseinander, ob den Anforderungen des verwaltungsgerichtlichen Rückweisungsentscheids vom 21. September 2015, welcher die Einholung eines Gutachtens verlangte, mit dem schriftlichen Fachbericht eines Mitglieds des Baurekursgerichts, das bereits am teilweise aufgehobenen Rekursentscheid vom 2. Juli 2014 als Richter beteiligt war, Genüge getan werde. Die Vorinstanz legte einerseits dar, weshalb sich nach ihrer Ansicht für die Sachverhaltsabklärung der Beizug eines Fachrichters statt eines externen Gutachters rechtfertigte. Andererseits verneinte die Vorinstanz die Frage, ob durch die erneute Beschäftigung des Koreferenten der Anschein der Befangenheit begründet werde. Damit bezieht sich die angefochtene Präsidialverfügung zumindest in letzterer Hinsicht auf Fragen des Ausstands, auch wenn die Vorinstanz – formell betrachtet – nicht nach Massgabe von § 21 lit. b Ziff. 1 der Organisationsverordnung des Baurekursgerichts vom 12. November 2010 (OV BRG), wonach die Abteilung über den Ausstand von einzelnen Mitgliedern entscheidet, vorgegangen ist. Soweit in der vorinstanzlichen Verfügung die Befangenheit des Koreferenten für die Erstellung eines Fachberichts verneint wird, ist ein nach § 19a Abs. 2 VRG in Verbindung mit Art. 92 BGG selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid gegeben. 1.2.5 Indessen thematisieren sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerin Fragen, welche über die gesetzlichen Ausstandsgründe hinausgehen. Strittig ist im Wesentlichen, ob das Verwaltungsgericht mit dem Rückweisungsentscheid vom 21. September 2015 die Einholung eines externen Sachverständigengutachtens anordnete und – falls ja – ob ein Fachbericht des vorinstanzlichen Koreferenten einem solchen Auftrag entsprechen würde. Obwohl dieser Punkt lediglich die Anordnung einer Beweismassnahme betrifft (vgl. vorne E. 1.2.4), sind im vorliegenden Fall besondere Umstände gegeben, welche nahelegen, dass ein Nichteintreten auf die Überprüfung des angefochtenen Zwischenentscheids einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge hätte. Um ein faires Verfahren innert angemessener Frist zu gewährleisten, kann es ausnahmsweise geboten sein, bereits auf einen Zwischenentscheid einzutreten, wenn es rechtsstaatlich unzumutbar wäre, die Parteien auf die Anfechtung des Endentscheids zu verweisen (vgl. BGE 136 II 165 E. 1.2.1). Es ist zu berücksichtigen, dass das rechtliche Gehör der Parteien (vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]) in erheblicher und kaum heilbarer Weise verletzt würde, wenn sich die Vorinstanz über die verbindlichen Erwägungen des Rückweisungsentscheids hinwegsetzen und gegebenenfalls anstelle eines vorgeschriebenen externen Gutachtens einen Fachbericht einholen würde. Wie sich aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2015 ergibt, sind die mit dem Gutachten zu klärenden Verhältnisse betreffend die Verkehrssicherheitslage für den Neuentscheid der Vorinstanz im Quartierplanverfahren von wesentlicher Bedeutung. Somit bestünde ausserdem die Gefahr einer erheblichen Verfahrensverzögerung, wenn erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtung des neuerlichen Endentscheids aus dem bereits zweiten Rechtsgang beurteilt würde, ob der in der vorinstanzlichen Präsidialverfügung

angeordnete Fachbericht die Vorgaben des verwaltungsgerichtlichen Rückweisungsentscheid erfüllt. Nicht von der Hand zu weisen wäre diesfalls das Risiko, dass – bei einer nochmaligen Rückweisung der Streitsache in einem dritten Rechtsgang zur Einholung eines externen Gutachtens statt eines Fachberichts – die gesamte Verfahrensdauer einen Umfang annehmen würde, der rechtsstaatlich unzumutbar bzw. mit Art. 29 Abs. 1 BV nicht mehr vereinbar wäre, was gemäss der Rechtsprechung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG darstellen kann (VGr, 28. Februar 2013, VB.2012.00558, E. 1.2.5; BGE 136 II 165 E. 1.2.1 ). 1.2.6 Gestützt auf § 19a Abs. 2 VRG ist daher in sinngemässer Anwendung der Art. 92 f. BGG von einem zulässigen Anfechtungsobjekt auszugehen. 1.3 Wie das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 21. September 2015 festgehalten hat, ist die Beschwerdeführerin in der Hauptsache zur Beschwerde legitimiert. Dies gilt auch für die Anfechtung des vorliegenden Zwischenentscheid. Da die weiteren Prozessvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Die in § 7 VRG festgelegte Untersuchungsmaxime verpflichtet die Verwaltungs(justiz)behörden, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln. Als Beweismittel nennt § 7 Abs. 1 VRG unter anderem den Beizug von Sachverständigen. Dabei erstatten Sachverständige aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse im Rahmen von Gutachten Bericht über die Sachverhaltsprüfung und -würdigung (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 66). 2.2 Die Einholung eines (externen) Gutachtens kann sich dann erübrigen, wenn das Gericht oder einzelne seiner Mitglieder selber über das erforderliche Fachwissen zur Feststellung und/oder Würdigung bestimmter Aspekte des Sachverhalts verfügen (vgl. Thomas Weibel, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Zürich etc. 2013, Art. 183 N. 35 betreffend den Zivilprozess ). Für das Baurekursgericht sieht § 18 Abs. 2 OV BRG die Möglichkeit vor, dass die Referentin oder der Referent bei Bedarf einen schriftlichen Fachbericht erstattet (VGr, 21. November 2012, VB.2012.287, E. 6.2.4; Plüss, § 7 N. 73). 2.3 An die Unabhängigkeit von Sachverständigen werden die gleichen Anforderungen wie an eine richterliche Behörde gestellt. Sowohl auf Richter als auch auf Sachverständige sind die gesetzlichen Ausstandsbestimmungen gemäss § 5a VRG anwendbar (VGr, 28. September 2011, SB.2011.00010, E. 3.1; Regina Kiener, Kommentar VRG, § 5a N. 11). Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit von Richtern bzw. Sachverständigen zu erwecken. Es braucht nicht nachgewiesen zu werden, dass diese tatsächlich befangen sind. Vielmehr genügt das Vorhandensein von Umständen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen vermögen (statt vieler: BGE 140 I 326 E. 5.1; Kiener, § 5a N. 15 mit weiteren Hinweisen). Die Besorgnis der Voreingenommenheit kann immer dann entstehen, wenn Richter oder Sachverständige bereits zu einem früheren Zeitpunkt mit der konkreten Streitsache befasst waren. Trotz einer solchen Vorbefassung liegt jedoch so lange keine Befangenheit vor, als das Verfahren in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidenden Rechtsfragen weiterhin als offen und nicht vorbestimmt erscheint (VGr, 28. Mai 2015, VB.2014.00722, E. 2.3; Kiener, § 5a N. 25 ff.).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz verwies in ihrer Präsidialverfügung vom 6. Januar 2016 auf den Entscheid VB.2015.00231, in welchem es das Verwaltungsgericht als zulässig erachtet hatte, dass das Baurekursgericht den fachkundigen Referenten des ersten Rechtsgangs nach der Rückweisung der Streitsache mit der Erstellung eines Fachberichts beauftragte. Das

Verwaltungsgericht habe im damaligen Verfahren den behaupteten Anschein einer Befangenheit verneint, da auch beim Richter, der einen Fachbericht erstelle, ähnlich wie beim "normalen" Richter davon ausgegangen werden könne, dass er nach einer Rückweisung der Sache offen sei, seine Auffassung bei erneuter und vertiefter Auseinandersetzung mit dem Prozessgegenstand zu hinterfragen und zu revidieren. Die Parallelen zwischen dem damaligen und dem vorliegenden Verfahren seien unübersehbar, sodass sich die in VB.2015.00231 getroffenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts ohne Weiteres auf die Problematik des gegenwärtigen Verfahrens übertragen liessen. Da der Koreferent der Vorinstanz als diplomierter Bauingenieur im vorliegenden Verfahren über die notwendige Fachkompetenz verfüge, sei der Beizug eines externen Gutachters nicht angezeigt. Für die nach dem Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2015 noch vorzunehmenden Abklärungen genüge daher die Einholung eines Fachberichts im Sinn von § 18 Abs. 2 OV BRG.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin stellt die einschlägige Fachkompetenz des baurekursgerichtlichen Koreferenten nicht in Abrede. Sie macht jedoch geltend, dass zwischen dem von der Vorinstanz zitierten Verwaltungsgerichtsentscheid VB.2015.00231 und der vorliegenden Streitsache – trotz gewisser Parallelen – substantielle Unterschiede bestünden, welche eine differenzierte Beurteilung verlangten und im laufenden Verfahren den Beizug eines unabhängigen, externen Sachverständigen erfordern würden. Dabei stützt sich die Beschwerdeführerin in erster Linie auf den Wortlaut des Rückweisungsauftrags vom 21. September 2015. Das Verwaltungsgericht habe darin – angesichts der ungenügenden Sachverhaltsabklärungen der Vorinstanz – wörtlich vom Einholen eines Gutachtens von einem unabhängigen Sachverständigen gesprochen. Dagegen habe das Verwaltungsgericht die dem Entscheid VB.2015.00231 zugrunde liegende Streitsache wegen einer Kognitionsunterschreitung an das Baurekursgericht zurückgewiesen und ausdrücklich erwähnt, dass auch ein Fachbericht geeignet wäre, den Begründungsmangel zu beheben. Wie das Verwaltungsgericht im Entscheid VB.2015.00231 zum Ausdruck gebracht habe, könne der Fachrichter am Baurekursgericht nicht ohne Weiteres mit einem unabhängigen Sachverständigen gleichgesetzt werden. Der Fachbericht gemäss § 18 Abs. 2 OV BRG habe zwar Ähnlichkeiten mit einem Sachverständigengutachten, entspreche aber vielmehr dem zivilprozessualen Fachvotum, bei welchem es sich formell nicht um ein Gutachten handle. In der vorliegenden Angelegenheit sei der Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts grammatikalisch klar formuliert gewesen und habe zur Vervollständigung des Sachverhalts das Gutachten eines Sachverständigen verlangt. Dieser Anweisung vermöge die Vorinstanz mit der Anordnung eines Fachberichts nicht zu genügen. Im Übrigen erachtet die Beschwerdeführerin eine unabhängige Fachbegutachtung auch deshalb als geboten, weil die Vorinstanz in ihrem teilweise kassierten Rekursentscheid vom 2. Juli 2014 hinsichtlich der zu begutachtenden Verkehrssicherheitslage schon Stellung bezogen habe. Es bestünden berechnete Anhaltspunkte, dass sich die Vorinstanz in dieser Frage bereits festgelegt habe, was den Anschein von Befangenheit erwecke.

### **E. 4.1**

Strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Anordnung der Vorinstanz, einen Fachbericht im Sinn von § 18 Abs. 2 OV BRG einzuholen, den Vorgaben des verwaltungsgerichtlichen Rückweisungsentscheids vom 21. September 2015, wie der Sachverhalt im zweiten Rechtsgang zu ergänzen sei, genügt.

#### **E. 4.2**

Gemäss Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2015 wurden in teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Gemeinde A Dispositiv-Ziffer II Abs. 1–4, Dispositiv-Ziffer III sowie Dispositiv-Ziffer IV des Entscheids des Baurekursgerichts vom 2. Juli 2014 aufgehoben. Die Sache wurde zudem "zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinn der Erwägungen" an das Baurekursgericht zurückgewiesen. In den entsprechenden Erwägungen legte das Verwaltungsgericht unter anderem fest, welche weiteren Schritte die Vorinstanz zur Sachverhaltsabklärung zu unternehmen habe: "Eine Besichtigung vor Ort und damit die Durchführung eines Augenscheins im Sinn von § 7 Abs. 1 VRG (...) erweist sich aber vor allem deswegen nicht als zur Klärung der Verhältnisse geeignet, weil für die Einschätzung der Verkehrssicherheitslage Fachkenntnisse vonnöten sind. Es bedarf folglich eines Gutachtens, das von einem unabhängigen Sachverständigen verfasst ist (vgl. § 7 Abs. 1 VRG) . Ein solches liegt bislang nicht vor". Weiter instruierte das Verwaltungsgericht die Vorinstanz, "auf der Grundlage des von ihr einzuholenden Gutachtens betreffend die Verkehrssicherheitslage im Einmündungsbereich der L-Strasse in den M-Weg sowie betreffend die Tauglichkeit der im Quartierplan vorgesehenen Zufahrt über den Servitutsweg auf dem nördlichen Teil der Parzelle Kat.-Nr. 01 zu urteilen".

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin gibt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu den Rechtsinstituten des Sachverständigengutachtens und des Fachberichts zutreffend wieder. Wie das Verwaltungsgericht in VB.2015.00231 ausgeführt hat, rückt ein Richter des Baurekursgerichts, der einen Fachbericht erstellt, bis zu einem gewissen Grad in die Nähe eines Sachverständigen. Es kommt ihm jedoch nicht die formale Stellung eines Gutachters im Sinn von Art. 183 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) zu. Der Fachbericht gemäss § 18 Abs. 2 OV BRG lässt sich stattdessen mit dem zivilprozessualen Fachvotum, wie es gestützt auf Art. 183 Abs. 3 ZPO zulässig ist, vergleichen (VGr, 1. Oktober 2015, VB.2015.00231, E. 4.2). Inhaltlich und funktionell vermittelt das Fachvotum dem Gericht – wie ein Gutachten – das für das Verständnis und die Beurteilung eines technischen, naturwissenschaftlichen oder wirtschaftlichen Sachverhalts notwendige Fachwissen. Formell wird das Fachvotum allerdings nicht als Gutachten, sondern als Bestandteil der richterlichen Sachverhaltsfeststellung (bzw. Beweiswürdigung) oder Rechtsanwendung betrachtet ( Annette Dolge, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, Art. 183 N. 41 mit Hinweisen ). Diese zivilprozessrechtlichen Überlegungen lassen sich analog auf das Institut des Fachberichts am Baurekursgericht übertragen. Dementsprechend wird ein Fachbericht durch den Referenten (bzw. Koreferenten) in seiner Funktion als Gerichtsmitglied und nicht in der Funktion eines beigezogenen Gutachters verfasst (VGr, 1. Oktober 2015, VB.2015.00231, E. 4.2).

#### **E. 4.4**

Vor diesem Hintergrund geht die Beschwerdeführerin zu Recht davon aus, dass das Verwaltungsgericht in seinem Rückweisungsentscheid vom 21. September 2015 die Einholung eines Gutachtens im formellen Sinn verlangte, das durch einen externen Sachverständigen zu verfassen ist. Dies ergibt sich insbesondere aus dem klaren Wortlaut des Rückweisungsauftrags. So forderte das Verwaltungsgericht die Vorinstanz auf, ein

Gutachten "einzuholen" bzw. "in Auftrag zu geben", was den Bezug einer externen Person impliziert. Auf diese spezifische Formulierung wies das Verwaltungsgericht auch im Urteil vom 16. Dezember 2015 über das Erläuterungsbegehren der Beschwerdeführerin hin. Ausserdem verwendete das Verwaltungsgericht in der Rückweisung den Ausdruck des "Sachverständigengutachtens". Wie vorstehend dargelegt, kommt diesem Begriff prozessrechtlich eine andere Bedeutung zu als dem Institut des Fachberichts (vgl. vorne E. 4.3). Insofern ist es auch unbehelflich, wenn die Vorinstanz ihr Vorgehen mit einem Hinweis auf den Entscheid VB.2015.00231 begründet. Anders als in der vorliegenden Streitsache verlangte das Verwaltungsgericht damals im Rahmen der Rückweisung nicht ausdrücklich ein Sachverständigengutachten, sondern bemerkte sogar explizit, dass auch ein Fachbericht zur Behebung des vorinstanzlichen Begründungsmangels geeignet sei. Ebenso unterscheidet sich die vorliegende Angelegenheit von der dem Verwaltungsgerichtsentscheid VB.2000.00312 zugrunde liegenden Konstellation. In jener Streitsache hatte das Verwaltungsgericht die Akten zur weiteren Untersuchung und zur Neuentscheidung im Sinn der Erwägungen an die Baurekurskommission II zurückgewiesen. Das Verwaltungsgericht hatte gerügt, dass der Sachverhalt nicht genügend geklärt worden sei, und festgestellt, dass die aufgeworfenen Fragen durch eine "Expertise" beantwortet werden müssten. In der Folge hatte die Baurekurskommission II ihren Referenten mit der Erstellung eines Fachberichts beauftragt. Dieses Vorgehen wurde vom Verwaltungsgericht im Entscheid VB.2000.00312 als zulässig erachtet (VGr, 16. Februar 2001, VB.2000.00312, E. 1d). Der Auftrag, noch offene Fragen durch eine Expertise zu klären, belässt der mit der Rückweisung befassten Instanz ein gewisses Ermessen hinsichtlich der Art und Weise, wie das nötige Fachwissen zur Abklärung des Sachverhalts beigezogen wird. Über einen solchen Ermessensspielraum verfügte die Vorinstanz in der vorliegenden Angelegenheit angesichts der klaren Anweisung im Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2015, ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen einzuholen, jedoch gerade nicht.

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz ist von Gesetzes wegen an die rechtliche Beurteilung eines verwaltungsgerichtlichen Rückweisungsentscheids gebunden (§ 64 Abs. 2 VRG). Diese Bindungswirkung erstreckt sich nicht nur auf das Urteilsdispositiv, sondern auch auf die Erwägungen, auf welche sich das Dispositiv seinem rechtlichen Gehalt nach stützt (vgl. BGer, 2. Dezember 2013, 9C\_472/2013, E. 4.3; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 64 N. 14 f.). Zusammenfassend ergibt sich daher, dass die Vorinstanz aufgrund des Rückweisungsentscheids des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2015 für die noch vorzunehmenden Abklärungen das Gutachten eines externen Sachverständigen hätte einholen müssen. Der in der vorinstanzlichen Präsidialverfügung vom 6. Januar 2016 angeordnete Fachbericht des Koreferenten genügt den Vorgaben des Rückweisungsauftrags hingegen nicht. In ihrer Vernehmlassung vom 12. Februar 2016 äusserte die Vorinstanz Bedenken, dass sich bei einem solchen Verfahrensausgang künftig in zahlreichen Fällen, in denen die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts an das Baurekursgericht zurückgewiesen wird, die Frage stellen könnte, ob das beim Baurekursgericht vorhandene Fachwissen ausreiche oder ob ein externes Gutachten eingeholt werden müsse, was mit dem Status des Baurekursgerichts als Fachgericht kaum vereinbar wäre. Es ist der Klarheit halber hervorzuheben, dass die Vorinstanz in der vorliegenden Angelegenheit aufgrund des konkreten Wortlauts und der Bindungswirkung des unangefochten gebliebenen Rückweisungsentscheids des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2015 zur Einholung

eines externen Gutachtens verpflichtet wurde. Dies bedeutet aber nicht, dass das Baurekursgericht auch in Fällen, in denen eine solche Weisung fehlt, ein externes Sachverständigengutachten in Auftrag geben muss, soweit es selber über die zur Sachverhaltsabklärung erforderliche Kompetenz verfügt.

#### **E. 4.6**

Ob die Rüge der Beschwerdeführerin, beim Koreferenten der Vorinstanz bestehe für die Begutachtung der Angelegenheit ein Anschein der Befangenheit, zutrifft, ist fraglich. Der Umstand, dass nach erfolgter Rückweisung ein am ersten Rechtsgang beteiligter Baurekursrichter mit einem Fachbericht befasst wird, würde für sich allein jedenfalls noch nicht zu einer unzulässigen Vorbefassung führen (vgl. VGr, 1. Oktober 2015, VB.2015.00231, E. 4.2). Angesichts der Tatsache, dass vorliegend das angeordnete Gutachten nicht vom Koreferenten der Vorinstanz, sondern von einem externen Gutachter eingeholt werden muss, erübrigen sich weitere Ausführungen dazu.

#### **E. 5.1**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Dispositiv-Ziffer II der Präsidialverfügung der Vorinstanz vom 6. Januar 2016 ist aufzuheben und die Vorinstanz aufzufordern, für die gemäss dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. September 2015 noch vorzunehmenden Abklärungen das Gutachten eines externen Sachverständigen einzuholen. Die Vorinstanz wird auch eine neue Frist festsetzen müssen, innert welcher Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu den im Gutachten zu behandelnden Fragen gestellt und allfällige Einwendungen gegen die Person des Gutachters erhoben werden können (Dispositiv-Ziffer III der Präsidialverfügung vom 6. Januar 2016).

#### **E. 5.2**

Mehrere am Verfahren Beteiligte tragen die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Erfolgt die Gutheissung einer Beschwerde – wie vorliegend – wegen eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz, auf den keine der Parteien einen Einfluss hatte, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten nicht einer der Parteien, sondern der Vorinstanz zulasten der Staatskasse aufzuerlegen (VGr, 21. August 2014, VB.2014.00085, E. 3.2; 4. September 2013, VB.2013.00052, E. 6; Plüss, § 13 N. 59).

#### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin beantragt eine Parteientschädigung. Gestützt auf § 17 Abs. 2 lit. a VRG hat das obsiegende Gemeinwesen in der Regel keinen Anspruch auf Parteientschädigung, weil die Erhebung und Beantwortung von Rechtsmitteln zur üblichen Amtstätigkeit gehört (Plüss, § 17 N. 51). Vorliegend besteht kein Anlass, von diesem Grundsatz abzuweichen. Der seitens der Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht zu leistende Aufwand erscheint nicht als aussergewöhnlich. Dementsprechend ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **E. 6**

Beim vorliegenden Urteil handelt es sich um einen Zwischenentscheid, der nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 92 f. BGG an das Bundesgericht weitergezogen werden kann (vgl. vorstehend E. 1.2).

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