

1. Verwaltungsverfahren

1381

Verfahren. Ausstandspflicht eines externen Rechtsberaters. Vorbefassung verneint, weil keine direkte Einflussnahme auf vorinstanzlichen Entscheid.

3. Die Rekurrenten machen geltend, der Rechtsvertreter der Gemeinde habe die Ausstandspflicht dadurch verletzt, dass er sowohl am Entscheid der Baubewilligungskommission mitgewirkt habe als auch an demjenigen des Gemeinderates. Die Gemeinde hält dem entgegen, dass der beigezogene Rechtsanwalt bei der Beratung und der Beschlussfassung weder des erstinstanzlichen noch des angefochtenen Entscheides anwesend gewesen sei, was den rechtlichen Ansprüchen genüge. Der Gemeinde stehe es frei, interne oder externe Hilfsorgane beizuziehen. Zwischen der Gemeinde und den Rekurrenten ist zudem umstritten, welche Tätigkeiten der von der Gemeinde beigezogene Rechtsanwalt tatsächlich ausübte.

a) [Ausführungen zum Tatsächlichen.]

Damit ist davon auszugehen, dass sich die Beteiligung des Rechtsvertreters des Gemeinderates im Verfahren vor der Baubewilligungskommission höchstens auf mündliche Auskünfte an das Fachberatungsbüro X. beschränkte.

b) Nach Art. 4 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsverfahren (VwVG; bGS 143.5) haben – soweit hier interessierend – Personen, die eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten haben, in den Ausstand zu treten, wenn sie bereits am Vorentscheid mitgewirkt haben. Fälle der Vorbefassung in einem weiteren Sinn werden vom allgemeinen Ausstandsgrund der Befangenheit erfasst (vgl. zum Ganzen auch Entscheid der Baudirektion vom 21. März 2000 in AR GVP 12/2000, Nr. 1360).

In den Ausstand zu treten hat jede Person, welche eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten hat, mithin alle Personen, welche auf den Entscheid Einfluss nehmen können. Dazu gehören neben Behördenmitglieder etwa auch Sachbearbeiter, Aktuare etc. (vgl. *Merkli/Aeschlimann/Herzog*, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, N. 7 zu Art. 9; ähnlich *Hans-Jürg Schär*, Erläuterungen zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh., Teufen 1985, N. 6 zu Art. 4; *Benjamin Schindler*, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 74 f.). Diese dürfen am Vorentscheid nicht mitwirken. Unter Mitwirkung ist in diesem Sinne ebenfalls das Treffen einer Verfügung oder die Vorbereitung derselben zu verstehen, d.h. beraten, entscheiden, instruieren etc. Einschränkend gilt beim Ausstand infolge Vorbefassung, dass die „ausstandspflichtige“ Person auf die Beschlussfassung, nicht aber zwingend auf die Beratung in der Behörde zu verzichten hat (vgl. *Hans-Jürg Schär*, a.a.O., N. 13 zu Art. 4). In der Regel verstösst es denn auch nicht gegen den von der Bundesverfassung gewährleisteten Gehörsanspruch, wenn die Direktion, deren Verfügung angefochten ist, den Antrag verfasst, welcher der Beschlussfassung des Regierungsrates zu Grunde gelegt wird. Für Beamte, die einen Entscheid lediglich vorzubereiten haben, sind die Ausstandsvorschriften weniger streng auszulegen als für Mitglieder der entscheidenden Behörde (RVJ 1985, S. 3 ff., insb. S. 12).

Unabhängig von der Frage, ob ein von der Gemeinde als Rechtsberater hinzugezogener Anwalt unter die Ausstandspflichten fällt, ist festzuhalten, dass die mündlichen Auskünfte, welche der Rechtsvertreter des Gemeinderates der Baubewilligungskommission bzw. der X. erteilte, nicht als Mitwirkung am vorinstanzlichen Verfahren qualifiziert werden können. Auskünfte von Sachbearbeitern oberer Instanzen an ihr untergeordnete Behörden vermögen zwar unter Umständen eine Befangenheit zu begründen, doch müssen diese von einer gewissen Intensität sein (vgl. SOG 1983, Nr. 29; vgl. auch SGGVP 2000, Nr. 47). Obwohl im vorliegenden Fall die erteilten Auskünfte im Einzelnen nicht bekannt sind, ist angesichts der Tatsache, dass diese der als Fachberatung zuständigen X. und nicht direkt der Baubewilligungskommission gegenüber erteilt wurden, eine solchermaßen intensive Mitwirkung nicht gegeben. Die Verarbeitung der Informationen oblag nämlich der X. Unter diesen Umständen kann weder gesagt werden, der Entscheid der Baubewilligungskommission sei durch den Rechts-

vertreter beeinflusst worden, noch ist umgekehrt anzunehmen, dass der Rechtsvertreter bei der Bearbeitung des gemeinderätlichen Entscheides bei Vorliegen guter Gründe nicht von seiner gegenüber der X. gemachten Meinungsäusserung abgewichen wäre oder ist. Hinzu kommt, dass der Rechtsberater zwar den Entwurf des Gemeinderatsentscheids ausarbeitete, aber in beiden Behörden weder bei der Beschlussfassung noch bei der Beratung anwesend war. Im Lichte vorstehender Ausführungen und den Gegebenheiten im konkreten Fall ist der Einwand der Rekurrenten nicht zu hören.

Entscheid der Baudirektion vom 12.11.2002

1382

Verfahren. Neue Begehren, die im Einspracheverfahren nicht gestellt wurden, können im Rekursverfahren vor der Baudirektion nicht mehr erhoben werden.

2. Nach Art. 20 Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; bGS 143.5) können mit dem Rekurs alle Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens und der angefochtenen Verfügung gerügt werden. Dabei sind neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel zulässig (Art. 20 Abs. 2 VwVG), grundsätzlich aber nicht die Änderung des Rechtsbegehrens (vgl. *Hans-Jürg Schär*, Erläuterungen zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh., Teufen 1985, N. 14 zu Art. 20). Als Änderung gelten offensichtlich und gerade auch neue Begehren (vgl. *Hans-Jürg Schär*, a.a.O., N. 14 ff. zu Art. 20). So können denn auch allgemein neue Beschwerdegünde im Rekursverfahren nicht vorgebracht werden. Allenfalls können solche aber von Amtes wegen berücksichtigt werden (vgl. *Aldo Zaugg*, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1995, N. 9 zu Art. 40). Dasselbe gilt im Weiteren nach appenzell-ausserrhodischem Recht bereits im Einspracheverfahren, dürfen doch auch dort neue Begehren nach Ablauf der Einsprachefrist nicht mehr gestellt werden (Art. 9 VwVG; vgl. auch *Hans-Jürg Schär*, a.a.O., N. 2 zu Art. 9).