



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
4. Abteilung

Urteil vom 14. November 2018

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, Dr. P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 18 30
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	Walker Tim , Unterdorf 5, 9043 Trogen
Vorinstanz	Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden , Regierungsgebäude, 9100 Herisau
Gegenstand	Politische Rechte Beschwerde gegen den Beschluss des Regierungsrats Appenzell Ausserrhoden vom 4. September 2018

Rechtsbegehren

a) des Beschwerdeführers:

1. Der Beschluss des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden vom 4. September 2018 (publiziert im Amtsblatt vom 7. September 2018, S. 1235) betreffend Verteilung der Kantonsratssitze auf die Gemeinden sei aufzuheben.
2. Es sei eine bundesverfassungskonforme Vorlage bezüglich Kantonsratswahlverfahren und Kantonsratssitzen zu erlassen.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

Sachverhalt

A. Übersicht

Mit Beschluss vom 4. September 2018 legte der Regierungsrat des Kantons Appenzell Ausserrhoden, in Anwendung von Art. 46 des Gesetzes über die politischen Rechte (GPR, bGS 131.12), die Verteilung der Kantonsratssitze auf die Gemeinden für die Amtsdauer 2019 – 2023 fest (act. 2). Die Zuteilung der Sitze erfolgte nach Massgabe des amtlich veröffentlichten Ergebnisses der letzten eidgenössischen Zählung der Wohnbevölkerung (act. 2; Art. 46 Abs. 2 GPR). Aufgrund veränderter demografischer Entwicklungen erhielt die Gemeinde Herisau einen zusätzlichen Kantonsratssitz, während die Gemeinde Lutzenberg einen verlor. Im Übrigen blieb die Sitzverteilung unverändert. Der Beschluss des Regierungsrates wurde am 7. September 2018 im Amtsblatt Nr. 36 publiziert. Gegen diesen Beschluss erhob der Beschwerdeführer mit Wohnsitz in Trogen am 10. September 2018 Beschwerde beim Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden (act. 1). Er begründete seine Beschwerde zusammengefasst damit, dass die nach Gemeinden aufgeteilten Wahlkreise (Art. 71 Abs. 4 der Kantonsverfassung, bGS 111.1) zu klein seien. Einzige Ausnahme bilde die „Proporz-Gemeinde“ Herisau mit 19 Kantonsratssitzen. In den übrigen 19 Gemeinden seien maximal 7 Personen wählbar, wobei durchwegs das Majorzwahlverfahren zur Anwendung gelange. Durch die geringe Wahlkreisgrösse in Kombination mit dem Mehrheitswahlverfahren würden kleinere Parteien systematisch diskriminiert. Hinzu komme, dass aufgrund der unterschiedlichen Wahlkreisgrössen nicht jede Stimme im Kanton das gleiche Gewicht erhalte. Das Wahlergebnisse werde dadurch massiv verfälscht. Jedenfalls sei das Wahlsystem des Kantons Appenzell Ausserrhoden ungerechter als jene der Kantone Zug und Wallis, welche vom Bundesgericht als unzulässig befunden

worden seien (Urteile des Bundesgerichts 1C_491/2010 vom 20.12.2010; 1C_495/2012 vom 12. Februar 2014). Dass die Kantonsverfassung durch die Bundesversammlung gewährleistet worden sei (Art. 51 Abs. 2 i.V.m. Art. 172 Abs. 2 der Bundesverfassung, SR 101), schliesse die Aufhebung einzelner Bestimmungen nicht aus, zumal die Genehmigung 1996, mithin vor Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 1. Januar 2000, erfolgt sei. Der Beschwerdeführer beantragte sodann den Ausstand sämtlicher Regierungsräte und Kantonsräte und ersuchte um Überweisung des Verfahrens ans Obergericht.

B. Prozessverlauf

Die Kantonskanzlei hat die bei ihr eingegangene Beschwerde formlos ans Obergericht überwiesen und sich hinsichtlich der Zuständigkeit auf eine analoge Anwendung von Art. 65^{bis} Abs. 2 GPR berufen (act. 1). Mit Verfügung vom 26. September 2018 forderte dieses den Regierungsrat zur Vernehmlassung auf. Gleichzeitig wies es die Beteiligten darauf hin, dass es aufgrund der Dringlichkeit der Sache keinen zweiten Schriftenwechsel, dafür aber eine mündliche Verhandlung durchführen werde (act. 5; vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 1C_632/2017 vom 5. März 2018 E. 3.3, in: ZBI 10/2018 S. 547 ff.). Die Vernehmlassung des Regierungsrates erfolgte am 2. Oktober 2018 (act. 7). Zur Verhandlung vom 14. November 2018 sind der Beschwerdeführer und als Vertreter des Regierungsrates Thomas Wüst (stellvertretender Departementssekretär des Departements Inneres und Sicherheit) erschienen. Auf ihre Ausführungen wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Im Übrigen kann auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen werden (act. 11).

Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

- 1.1. Das Obergericht prüft von Amtes wegen, ob die prozessualen Voraussetzungen gegeben sind und auf das Rechtsmittel einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, VRPG, bGS 143.1). Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss des Regierungsrats über die Zuteilung der Kantonsratssitze vom 4. September 2018. Materiell bemängelt der Beschwerdeführer nicht, dass die Sitzzuteilung falsch berechnet worden sei. Vielmehr macht er geltend, dass das Sitzverteilungsverfahren (Art. 46 GPR) bzw. die Wahlkreise (Art. 71 Abs. 4 KV) bundesrechtswidrig seien. Kantonale und kommunale Erlasse können entweder (haupt-

frageweise) mittels abstrakter Normenkontrolle oder (vorfrageweise) im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht überprüft werden. Anfechtungsobjekt der abstrakten Normenkontrolle bildet der Erlass selbst. Wird dieser im Rahmen einer abstrakten Überprüfung als mit übergeordnetem Recht nicht vereinbar erkannt, wird er bzw. die fehlerhafte Bestimmung durch das Gericht aufgehoben (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 1755; vgl. auch BGE 137 I 77 E. 3.4 S. 86). Bei der konkreten Normenkontrolle wird ein bestimmter Rechtsanwendungsakt (typischerweise eine Verfügung oder ein Entscheid) angefochten. Dabei wird geltend gemacht, dass der Erlass, auf den sich der Rechtsanwendungsakt stützt, mit höherrangigem Recht nicht vereinbar sei (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1760). Stellt die angerufene Behörde bei der vorfrageweisen Prüfung eine Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht fest, wird der angefochtene Rechtsanwendungsakt, nicht aber die als fehlerhaft erkannte Norm, welche nicht Anfechtungsobjekt bildet, aufgehoben (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1762). Der Kanton Appenzell Ausserrhoden kennt keine abstrakte Normenkontrolle (JÖRG SCHOCH, Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung vom 30. April 1995, 1996, S. 113). Eine entsprechende Beschwerde wäre deshalb direkt beim Bundesgericht anzuheben gewesen (Art. 87 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110). Da Art. 46 GPR letztmals mit Beschluss vom 22. September 2014 geändert wurde (vgl. die Änderungstabelle im Anhang zum GPR), bzw. Art. 71 KV seit Erlass am 30. April 1995 keine Änderung mehr erfahren hat (vgl. die Änderungstabelle im Anhang zur KV), fällt eine abstrakte Normenkontrolle infolge Ablauf der Beschwerdefrist allerdings von vornherein ausser Betracht (Art. 101 BGG). Zu Recht hat der Beschwerdeführer denn auch nicht die gerügten gesetzlichen Bestimmungen, sondern den gestützt darauf ergangenen Regierungsratsbeschluss vom 4. September 2018 angefochten. Nachfolgend ist deshalb zu klären, ob die Zuständigkeit des Obergerichts zur Überprüfung von Art. 46 GPR und Art. 71 Abs. 4 KV im Zuge einer konkreten Normenkontrolle gegeben ist.

- 1.2 Gemäss Art. 54 Abs. 1 VRPG ist die Beschwerde ans Obergericht zulässig gegen letztinstanzliche Verfügungen der Verwaltungsbehörden. Fraglich ist, ob dem Beschluss des Regierungsrates vom 4. September 2018 über die Sitzverteilung Verfügungscharakter zukommt. Als Verfügung gilt ein individueller, grundsätzlich an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder -feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (Urteil des Bundesgerichts 2C_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.1). Richtet sich die Verfügung ausnahmsweise nicht an eine individuell bestimmte Anzahl von Adressaten, liegt eine Allgemeinverfügung vor (WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, 2012, Rz. 2227; vgl. auch BGE 125 I 313 E. 2a S. 316). Die Verteilung der Kan-

tonsratssitze auf die verschiedenen Wahlkreise begründet keine neuen Rechte oder Pflichten, noch wird dadurch ein Rechtsverhältnis festgestellt. Vielmehr handelt es sich um eine blossе Vorbereitungshandlung im Hinblick auf die Durchführung der Kantonsratswahl (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.309/2004 vom 27. Oktober 2004 E. 1.2). Als solche ist sie am ehesten als Realakt zu qualifizieren (vgl. STEINMANN/MATTLE, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 88 zu Art. 82 BGG), auch wenn sie vorliegend in Form eines Beschlusses gekleidet worden ist. Die Beschwerde ans Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 VRPG ist infolge des fehlenden Verfügungscharakters jedenfalls nicht gegeben.

- 1.3 Nach Art. 54 Abs. 3 VRPG kann das Gesetz dem Obergericht weitere Streitigkeiten zur Beurteilung zuweisen. Eine solche gesetzliche Grundlage erblickt die Kantonskanzlei in Art. 65^{bis} Abs. 2 GPR (act. 1). Demgemäss ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig „gegen Entscheide des Regierungsrates über das Zustandekommen einer Volksinitiative oder eines Referendums“. Dass diese Bestimmung auch auf Regierungsratsbeschlüsse über die Verteilung der Kantonsratssitze zur Anwendung gelangt, lässt sich ihrem Wortlaut nicht entnehmen. Die Kantonskanzlei erachtet Art. 65^{bis} Abs. 2 GPR entsprechend nicht direkt, sondern lediglich analog als anwendbar. Gegen eine analoge Anwendung spricht der Wortlaut von Art. 65^{bis} Abs. 2 GPR, der keinen Hinweis auf eine exemplarische Aufzählung wie „namentlich“ oder „insbesondere“ enthält und deshalb einen abschliessenden Charakter nahe legt. Hinzuzufügen ist sodann, dass Art. 65^{bis} GPR erst im Zuge der Revision des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. September 2002, mithin nach Erlass von Art. 46 GPR, ins Gesetz aufgenommen worden ist (vgl. die Änderungstabelle im Anhang zum GPR). Hätte der Gesetzgeber Beschlüsse betreffend die Sitzverteilung in Abweichung der zuvor bestehenden Rechtslage durch das Obergericht beurteilt haben wollen, hätte er dies sicherlich klargestellt. Nicht zuletzt deshalb, weil die Gesetzesrevision von einer Expertengruppe aus erfahrenen Juristen begleitet worden ist. Eine solche Gesetzesänderung war aber offenbar nicht beabsichtigt. Dies legen auch die Ausführungen zu den Schluss- und Übergangsbestimmungen im erläuternden Bericht vom 19. Februar 2002 zum Entwurf des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege nahe, wonach Art. 65^{bis} GPR die Unklarheit darüber beseitigen solle, ob Entscheide des Regierungsrates über das Zustandekommen einer Volksinitiative oder eines Referendums an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden könnten. Daraus folgt, dass Art. 65^{bis} Abs. 2 GPR auf Beschlüsse des Regierungsrats über die Sitzverteilung nicht anwendbar ist. Auch Art. 65^{bis} Abs. 1 GPR, wonach Beschwerdeentscheide des Regierungsrates ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden können, ist nicht einschlägig, da der Regierungsrat vorliegend nicht als Beschwerdeinstanz amtierte. Dies im Unterschied zur Stimmrechtsbeschwerde, welche der Beschwerdeführer im Jahre 2011

anlässlich der (durch Kantonskanzlei und Gemeinden erfolgten, vgl. Art. 26 GPR) Zustellung des Abstimmungsmaterials erhob und nach Art. 62 Abs. 1 GPR zunächst vom Regierungsrat als Beschwerdeinstanz beurteilt werden musste (vgl. NICOLAS AUBERT, in: Andreas Glaser [Hrsg.], Das Parlamentswahlrecht der Kantone, 2018, § 8 N. 62). Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass gegen den Beschluss des Regierungsrats über die Sitzverteilung kein Rechtsmittel ans Obergericht gegeben ist. Auf die Beschwerde ist deshalb nicht einzutreten.

- 1.4 Gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. b des Justizgesetzes (JG, bGS 145.31) erlässt der Vorsitzende der Abteilung eine Nichteintretensentscheid, wenn die Voraussetzungen für das Eintreten offensichtlich nicht erfüllt sind. Da nicht offensichtlich war, dass Art. 54 Abs. 1 VRPG bzw. Art. 65^{bis} Abs. 2 VRPG nicht einschlägig sind, ergeht der Entscheid durch die Abteilung.

2. Überweisung an das zuständige Gericht

Erachtet sich das Obergericht als unzuständig, so leitet es die Beschwerde an die zuständige Behörde weiter (Art. 2 Abs. 2 VRPG; Art. 53 Abs. 1 JG). Zu klären ist zunächst, welches (aus Sicht des Obergerichts) die zuständige Behörde ist. Gemäss Art. 82 lit. c BGG können Beschwerden betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger sowie betreffend Volkswahlen und –abstimmungen beim Bundesgericht angehoben werden. Die Stimmrechtsbeschwerde steht dabei nicht nur gegen formgebundene Rechtsakte, sondern auch gegen (behördliche) Realakte, und damit insbesondere gegen Vorbereitungs-handlungen im Zusammenhang mit der Durchführung von Wahlen und Abstimmungen zur Verfügung (STEINMANN/MATTLE, a.a.O., N. 88 zu Art. 82 BGG; NICOLAS AUBERT, a.a.O., § 9 N. 6). Die Kantone haben, als Ausfluss der Rechtsweggarantie nach Art. 29a der Bundesverfassung (BV, SR 101), grundsätzlich ein oberes Gericht als Vorinstanz des Bundesgerichts einzusetzen (Art. 88 Abs. 2 Satz 1 BGG; BGE 134 I 199 E. 1.2). Akte des Parlaments und der Regierung können kraft der Ausnahmebestimmung nach Art. 88 Abs. 2 Satz 2 BGG indessen direkt beim Bundesgericht angefochten werden. Dass der Kanton Appenzell Ausserrhoden gegen den Beschluss des Regierungsrats kein Rechtsmittel kennt, ist deshalb nicht zu beanstanden. Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde direkt beim Bundesgericht einzureichen gewesen wäre. Zuständigkeitshalber ist sie an dieses zu überweisen.

3. Kosten

Im Rechtsmittelverfahren ist grundsätzlich gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Art. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 VRPG). Bei Wahl- und Abstimmungsbeschwerden werden jedoch keine Kosten erhoben (Art. 53 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 lit. d VRPG). Dem unterliegenden Beschwerdeführer steht keine Entschädigung zu (Art. 53 Abs. 3 VRPG e contrario). Der obsiegenden Behörde ist keine Entschädigung auszurichten (Art. 59 i.V.m. 24 Abs. 3 lit. a VRPG).

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde wird zuständigkeitshalber an das Bundesgericht überwiesen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. **Rechtsmittel:**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

6. Zustellung an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz und das Bundesgericht.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am 16. November 2018