

Obergericht Appenzell Ausserrhoden
Einzelrichter

Verfügung vom 20. September 2019

Verfahren Nr.	ERV 19 58
Ort des Entscheids	Trogen
Gesuchsteller	Frey Theodor , Held 789, 9428 Walzenhausen
Vorinstanz	Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden , Regierungsgebäude, 9100 Herisau
Beigeladener	Gemeinderat Walzenhausen , Dorf 84, 9428 Walzenhausen
Gegenstand	vorsorgliche Massnahmen im Verfahren O4V 19 32

Erwägungen

1. Am 26. März 2019 erliess der Gemeinderat Walzenhausen ein Reglement für die Entschädigung bestimmter Gemeindefunktionäre (nachfolgend Entschädigungsreglement genannt) sowie ein Reglement betreffend der Modalitäten des Vollamtes des Gemeindepräsidiums (nachfolgend Reglement Vollamt Gemeindepräsidium genannt). In beiden Reglementen wurde das Inkrafttreten auf den 1. Juni 2019 festgelegt. Innert der bis 23. Mai 2019 laufenden Frist wurde gegen beide Reglemente das Referendum ergriffen. Der Gemeinderat setzte die Abstimmung auf den 20. Oktober 2019 an und liess dieses Datum sowie das Edikt auf der Homepage der Gemeinde veröffentlichen (act. 7.2). Im Edikt wurde auf die *rückwirkende* Inkraftsetzung per 1. Juni 2019 hingewiesen. Gleichzeitig wurden beide Reglemente im ursprünglichen Wortlaut, d.h. ohne den Hinweis auf die Rückwirkung, aufgeschaltet (act. 3.1 bzw. 7.1.1 und act. 3.2 bzw. 7.1.2). Nach einigen Tagen wurde das Edikt wieder von der Gemeinde-Homepage entfernt.
2. In der Folge wurde der Rechtsdienst der Kantonskanzlei von verschiedenen Seiten angefragt, ob es zulässig sei, dass die Reglemente schon vor der Abstimmung Gültigkeit erlangen könnten. Der Rechtsdienst beantwortete die Anfragen am 23. August 2019 in einer E-Mail (act. 3.3 = act. 7.1.3). Diese E-Mail wurde auch an Theodor Frey zugestellt (act. 1, S. 2).
3. Am 26. August 2019 erhob Theodor Frey beim Regierungsrat Stimmrechtsbeschwerde (act. 3.4 = act. 7.1). In seiner Stellungnahme vom 28. August 2019 (act. 7.4) erklärte der Gemeinderat Walzenhausen, die Voraussetzungen für eine rückwirkende Inkraftsetzung der beiden Reglemente seien aus Sicht des Gemeinderates zwar erfüllt. Um unnötige Streitigkeiten bezüglich des Datums der Inkraftsetzung zu vermeiden, werde festgelegt, dass die beiden Reglemente mit der Annahme durch die Stimmberechtigten in Kraft treten würden. In der Folge schrieb der Regierungsrat die Stimmrechtsbeschwerde zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab (Beschluss vom 3. September 2019, act. 2).
4. Gegen diesen Beschluss gelangte Theodor Frey am 9. September 2019 ans Obergericht mit den Anträgen, die Abschreibung sei aufzuheben, der Regierungsrat sei anzuweisen, einen formellen (sic!) Entscheid über die Beschwerde zu fällen, und die Abstimmung sei bis zur Vorlage von zwei der Verfassung entsprechenden Reglementen abzusagen (act. 1). Zudem verlangte er die superprovisorische Absage der Abstimmung. Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 10. September 2019 abgewiesen (act. 4). Zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme hat sich der Gemeinderat Walzenhausen am 12. September 2019 (act. 5), das Departement Inneres und Sicherheit am folgenden Tag vernehmen las-

sen (act. 6). Beide Behörden beantragen Abweisung des Gesuchs. Der Gesuchsteller hat von seinem „Replikrecht“ am 18. September 2019 Gebrauch gemacht (act. 9).

5. Wegen Verletzung des Stimmrechts sowie wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen und Abstimmungen kann beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden (Art. 62 Abs. 1 des Gesetzes über die politischen Rechte, GPR, bGS 131.12). Entsprechende Entscheide des Regierungsrates können ans Obergericht weitergezogen werden (Art. 65^{bis} Abs. 1 GPR).

Die - wenn auch nur kurzzeitige - Aufschaltung des Edikts auf der Homepage der Gemeinde kann als Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 62 Abs. 1 GPR qualifiziert werden, die ein taugliches Objekt für eine Stimmrechtsbeschwerde bildet (vgl. auch CHRISTOPH HILLER, Die Stimmrechtsbeschwerde, 1990, S. 189 f; STEINMANN/MATTLE, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 88 zu Art. 82 BGG; MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, 2003, S. 241 ff). Die Fristen gemäss Art. 62 Abs. 2 und Art. 65^{bis} Abs. 1 GPR hat der Gesuchsteller eingehalten. Mit grosser Wahrscheinlichkeit wird auf die Beschwerde eingetreten werden können.

6. Gemäss Art. 36 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) kann die Rekursbehörde oder eine von ihr bezeichnete Person über den Entzug der aufschiebenden Wirkung entscheiden. Diese Bestimmung gilt gemäss Art. 59 VRPG auch für das Beschwerdeverfahren. Nach Art. 50 Abs. 1 des Justizgesetzes (bGS 145.31) ist die Instruktion Sache des Vorsitzenden der Gerichtsabteilung (vgl. auch Art. 59 in Verbindung mit Art. 37 Abs. 1 VRPG sowie 103 Abs. 3 Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110). Gestützt auf diese Bestimmungen entscheidet in Abteilungsfällen praxisgemäss der Abteilungsvorsitzende über den Entzug oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Ebenso kommt dem Abteilungsvorsitzenden die Kompetenz zu, über den Erlass von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Verfahren zu entscheiden (Art. 59 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 VRPG).

Der Regierungsrat hat die Stimmrechtsbeschwerde des Gesuchstellers abgeschrieben. Er hat damit keine positive Verfügung, d.h. eine Verfügung, die eine Änderung der bisherigen Rechtslage bewirkt (vgl. zum Begriff: HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N. 21 ff zu Art. 55 VwVG), getroffen. Bei negativen Verfügungen hat die aufschiebende Wirkung keine Bedeutung, weil es bei der Rechtslage bleibt, die vor Erlass der Verfügung geherrscht hat (REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, N. 8 zu Art. 55 VwVG). Besteht im Zusammen-

hang mit einer negativen Verfügung ein Interesse an einer vorläufigen Festlegung der Rechtsfolgen, wird dies mit der Anordnung einer positiven vorsorglichen Massnahme befriedigt (REGINA KIENER, a.a.O., N. 8 zu Art. 55 VwVG).

7. Vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 10 VRPG sind Anordnungen, die grundsätzlich für die Dauer des Verfahrens gelten und dazu bestimmt sind, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen (CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2003, S. 551). Vorsorgliche Massnahmen bezwecken, einen umfassenden und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Vorsorgliche Massnahmen können jedoch nur zum Schutze von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des durch den späteren Hauptentscheid bestimmten Streitgegenstandes liegen (MERKLI/ AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, 1997, N. 1 zu Art. 27 VRPG). Bei vorsorglichen Massnahmen geht es um die Anordnung einer bestimmten Massnahme im Sinne eines Gebots oder Verbots für die Dauer des Verfahrens vor der anordnenden Behörde oder der Rechtsmittelinstanz (KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl. 1999, § 6 Rz. 5).

Bei einem Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme, das vor dem angesetzten Wahl- oder Abstimmungstermin eingereicht wird, bedeutet das damit bezweckte Provisorium – wie im konkret zu beurteilenden Fall – regelmässig die Aussetzung des Urnengangs. Die Wahl oder Abstimmung soll nicht stattfinden, bevor das Gericht über die Beschwerde entschieden hat (CHRISTOPH HILLER, a.a.O., S. 377). In der Praxis werden Abstimmungen selten verschoben (HANS-RUDOLF ARTA, Die Rechtsfolgen unzulässiger behördlicher Einflussnahme auf kantonale und kommunale Wahlen und Abstimmungen, AJP/PJA 3/96 S. 279). Die Bejahung einer vorsorglichen Massnahme setzt vor dem Hintergrund des Verhältnismässigkeitsprinzips allgemein voraus, dass jene vorab geeignet sein muss, um einen drohenden Nachteil zu verhindern, der nicht leicht wieder gutzumachen ist (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, S. 325). Im Schrifttum wird dieses Kriterium im Hinblick auf die Aussetzung von Wahl- und Abstimmungsterminen dahingehend konkretisiert, dass bei den Vorbereitungshandlungen Fehler vorzuliegen haben, welche das Abstimmungsergebnis potentiell wesentlich beeinflussen können. Hierzu muss gemäss CHRISTOPH HILLER (a.a.O., S. 380) die Abstimmungsvorlage entweder *offensichtlich* rechtswidrig (z.B. wegen eines Verstosses gegen übergeordnetes Recht) oder die Abstimmung als solche deutlich unzulässig sein (z.B. weil es an der gesetzlichen Grundlage für die Abstimmung fehlt). MICHEL BESSON vertritt die Meinung, dass eine Abstimmung nur dann verschoben werden solle, wenn der Mangel so schwer-

wiegend sei, dass im Falle einer Nichtverschiebung ernstlich mit der Kassation der Abstimmung gerechnet werden muss (a.a.O., S. 390; so auch HANGARTNER/KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2000, S. 1087). Darüber hinaus kommt dem zeitlichen Aspekt eine erhebliche Bedeutung zu: Je näher die Abstimmung bevorsteht und je weiter die Abstimmungsvorbereitungen gediehen sind, umso gewichtiger müssen die Nachteile sein, die sich bei einer Durchführung des Urnengangs ergeben können (HANS-RUDOLF ARTA, a.a.O., S. 280).

8. Die vom Gesuchsteller beim Obergericht erhobene Beschwerde richtet sich gegen den Abschreibungsbeschluss des Regierungsrates vom 3. September 2019. Dieser Beschluss bildet den Anfechtungs- und Streitgegenstand des obergerichtlichen Verfahrens. Der Regierungsrat hat die Stimmrechtsbeschwerde nicht materiell beurteilt und somit keine Aussagen zur Frage der Zulässigkeit der vom Gemeinderat Walzenhausen ursprünglich beabsichtigten Rückwirkung der beiden Reglemente und zur Zulässigkeit der nachträglichen Anpassung des Zeitpunkts des Inkrafttretens gemacht. Sollte das Obergericht zur Auffassung gelangen, die Voraussetzungen für einen Abschreibungsbeschluss seien nicht erfüllt, müsste es die Sache zur materiellen Beurteilung an den Regierungsrat zurückweisen, um den Instanzenzug zu wahren und nicht in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen. Zudem ist zu beachten, dass vor Obergericht gemäss Art. 56 Abs. 1 VRPG nur Rechtsverletzungen sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden können; die Rüge der Unangemessenheit ist ausgeschlossen. Eine materielle Entscheidung durch das Obergericht ist deshalb trotz des Gebotes der beförderlichen Behandlung kein Thema. In der Hauptsache wird also nur die Frage zu beantworten sein, ob zu Recht ein Abschreibungsbeschluss ergangen ist oder nicht.
9. In Art. 22 Abs. 4 VRPG werden Abschreibungsbeschlüsse als Grund für den Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten genannt. Ansonsten findet sich im VRPG keine Bestimmung zur Abschreibung des Verfahrens. Aus Art. 22 Abs. 4 VRPG kann immerhin abgeleitet werden, dass Abschreibungsbeschlüsse auch im Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren des Kantons Appenzell Ausserrhoden zulässig sind. Allgemein anerkannt ist, dass ein Verfahren gegenstandslos wird, wenn die Grundlagen der Streitigkeit im Lauf des Verfahrens dahinfallen und/oder die Beteiligten jedes rechtliche Interesse an einer Entscheidung verloren haben (CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., S. 523; ALAIN GRIFFEL, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 25 zu § 28 VRG). Dies ist etwa der Fall, wenn eine Verfügung ganz oder teilweise widerrufen wird, und damit dem Begehren des Rekurrenten oder Beschwerdeführers vollständig entsprochen wird (CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., S. 523 f). Ent-

spricht der Widerruf nur zum Teil dem Begehren des Rechtsuchenden, bleibt das Verfahren im anderen Teil bestehen (CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., S. 524).

10. Vor dem Regierungsrat hat der Gesuchsteller verlangt, dass dem Stimmvolk von Walzenhausen die beiden Reglemente zwingend zur Abstimmung vorgelegt werden und dass dabei bei beiden Reglementen keine Rückwirkung vorzusehen ist (act. 3.4 = act. 7.1, je S. 1). Der Gemeinderat hat nach Eingang der Stimmrechtsbeschwerde beim Regierungsrat beschlossen, an der Abstimmung vom 20. Oktober 2019 festzuhalten, aber die Reglemente erst mit der Annahme durch die Stimmberechtigten in Kraft treten zu lassen. Mit diesem Entscheid ist den Begehren des Gesuchstellers vollständig entsprochen worden, weshalb der Regierungsrat die bei ihm eingereichte Beschwerde zu Recht zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben hat. Es besteht eine grosse Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Obergericht in der Hauptsache die gegen den Abschreibungsbeschluss gerichtete Beschwerde des Gesuchstellers abweisen wird. Vor diesem Hintergrund besteht mit Blick auf die Ausführungen in Erwägung 7 kein Anlass, die für den 20. Oktober 2019 vorgesehene Abstimmung zu verschieben. Mithin wird das Gesuch von Theodor Frey abgewiesen.

11. Nebenbei ist folgendes zu sagen:

Erstens: Wenn eine Volksabstimmung auf Grund eines ergriffenen fakultativen Referendums zwar angeordnet wurde, aber noch nicht stattgefunden hat, ist es zulässig, den referendumpflichtigen Erlass zu ändern oder aufzuheben (HANGARTNER/KLEY, a.a.O., S. 149 f). Dafür müssen allerdings veränderte Verhältnisse vorliegen (HANGARTNER/KLEY, a.a.O., S. 691). Solche können in der Klärung der Frage einer Rechtswidrigkeit des Erlasses bestehen (HANGARTNER/KLEY, a.a.O., S. 150). Die Frage der Rückwirkung wurde nach dem Zustandekommen des Referendums akut und nach den jetzt vorliegenden Akten erstmals im Juli 2019 vom Departement Inneres und Sicherheit beurteilt (vgl. den Hinweis in act. 3.3 = act. 7.1.3 auf eine Antwort des stellvertretenden Departementssekretärs). Dort wurde bezüglich des Vorliegens von triftigen Gründen als eine der Voraussetzungen für die Rückwirkung zwar ein Grund genannt, aber nur mit sehr zurückhaltender Bestimmtheit. Der Gemeinderat war auch nach dieser Beurteilung durch das zuständige Departement der Auffassung, die Voraussetzungen für eine Rückwirkung seien erfüllt, hat aber anerkannt, dass eine Rechtsunsicherheit bestehe (act. 7.4). Diese hat er zum Anlass genommen, auf die Frage der Rückwirkung zurückzukommen. Es handelt sich dabei um einen sachlichen Grund, der die Anpassung der beiden Reglemente rechtfertigte.

Zweitens: Die zur Diskussion stehende Stimmrechtsbeschwerde richtet sich gegen die Publikation des Edikts auf der Homepage der Gemeinde im August 2019. Die Publikation dauerte nach den Angaben des Gesuchstellers nur wenige Tage. Es besteht eine geringe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Edikt von grossen Kreisen der Stimmbevölkerung von Walzenhausen zur Kenntnis genommen worden ist, zumal die Publikation rund zwei Monate und damit nicht kurz vor der Abstimmung erfolgte. Die Mehrheit der Bürger wird sich in erster Linie aufgrund des amtlichen Abstimmungsmaterials, das in Papierform zugestellt wird (Art. 32 GPR), über die Abstimmungen ins Bild setzen. Es ist davon auszugehen, dass das noch nicht an die Stimmbürger von Walzenhausen verteilte Edikt angepasst werden und von der während kurzer Zeit auf dem Internet aufgeschalteten Version abweichen wird. Es ist dann jedem Stimmberechtigten leicht möglich, die korrigierte Abstimmungsvorlage zur Kenntnis zu nehmen. Massgebend ist nun, dass nicht jeder Fehler bzw. jede Unregelmässigkeit in der Vorbereitung einer Wahl oder Abstimmung zu deren Absage oder Aufhebung führen muss. Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit verlangt unter anderem, dass Mängel in der Vorbereitung von Volksabstimmungen sofort zu beheben sind (MICHEL BESSON, a.a.O., S. 387). Es genügt, wenn Unregelmässigkeiten zum Teil bereinigt oder zumindest ihre Auswirkungen auf die Willensbildung der Stimmbürger begrenzt werden (MICHEL BESSON, a.a.O., S. 387 f). Das Bundesgericht hat die Korrektur von unrichtigen Unterlagen ausdrücklich als notwendig, aber auch als zulässig erkannt (Entscheid vom 4. September 1992, zitiert nach MICHEL BESSON, a.a.O., S. 388 Fn. 7). Nur wenn ein Mangel schwerwiegend ist und nicht mehr rechtzeitig vor der Abstimmung behoben werden kann, muss der Urnengang verschoben werden (MICHEL BESSON, a.a.O., S. 388). Ein solcher Fall liegt nicht vor.

12. Das Verfahren ist kostenlos (Art. 22 Abs. 2 lit. d VRPG).
13. Die vorliegende Verfügung stellt einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG dar. Gegen Zwischenentscheide ist eine Beschwerde an das Bundesgericht nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Gerügt werden kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 98 BGG). Solche Rügen müssen in einer allfälligen Beschwerde präzise vorgebracht, begründet und belegt werden (SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015, N. 15 zu Art. 106 BGG).

Demnach wird verfügt:

1. Das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. **Rechtsmittel:** Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110, Art. 93 BGG). Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben (Art. 113 ff. BGG). In beiden Fällen ist die Beschwerde 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).
4. Zustellung am 20. September 2019 an:
 - Theodor Frey, mit GU
 - Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden, mit Kopie der weiteren Eingabe des Gesuchstellers vom 18. September 2019 (samt Beilagen), eingeschrieben
 - Gemeinderat Walzenhausen, mit Kopie der weiteren Eingabe des Gesuchstellers vom 18. September 2019 (samt Beilagen), eingeschrieben

Der Einzelrichter:

lic. iur. Walter Kobler