



Abteilung I
A-6806/2009
{T 1/2}

Urteil vom 10. Februar 2010

Besetzung

Richter Lorenz Kneubühler (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter Sauvant,
Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiberin Silja Hofer.

Parteien

1. Elisabeth **Bösch**,
2. Jakob **Altorfer** und Anna **Laufer-Altorfer**,
3. Ruth **Frei**,
4. Werner **Kobel**
und Mitbeteiligte,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Ettler und
Rechtsanwalt Dr. iur. Adrian Strütt,
Beschwerdeführende,

gegen

1. **Kanton Zürich**, Baudirektion, Immobilienamt,
Abteilung Landerwerb,
2. **Unique (Flughafen Zürich AG)**,
beide vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. iur. Roland Gfeller,
Beschwerdegegner,

und

Eidgenössische Schätzungskommission Kreis 10,

p. A. Rechtsanwalt Albert Staffelbach, Präsident,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ausstandsbegehren.

Sachverhalt:**A.**

Am 8. April 2009 stellte Rechtsanwalt Dr. Peter Ettler bei der Eidgenössischen Schätzungskommission Kreis 10 (ESchK 10) ein Ausstandsbegehren gegen das Kommissionsmitglied Otto Wipfli, dies im Namen „aller Grundeigentümer im Kanton Zürich mit hängigen Enteignungsverfahren gegen den Flughafen Zürich bzw. Kanton Zürich“. Mit Schreiben vom 30. Juli 2009 präzisierte er seine Eingabe, indem er die von ihm vertretenen Beschwerdeführenden namentlich bezeichnete.

B.

Mit Entscheid vom 25. September 2009 wies die ESchK 10 das Gesuch um Ausstand von Otto Wipfli ab. Diese Abweisung bezog sich auf sämtliche Verfahren betreffend Enteignung nachbarlicher Abwehrbefugnisse infolge Fluglärms sowie Entschädigungen für den direkten Überflug, ausgehend vom Betrieb des Landflughafens Zürich-Kloten. Die ESchK 10 nahm ausserdem Vormerk, dass sich ihr Mitglied Otto Wipfli bezüglich 18 Pilotfälle der so genannten 4. Welle im Ausstand befindet.

C.

Am 30. Oktober 2009 erheben die Rechtsanwälte Dr. Peter Ettler und Dr. Adrian Strütt im Namen der folgenden Parteien Beschwerde / Aufsichtsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht:

1. Elisabeth Bösch
2. Jakob Altorfer und Anna Laufer-Altorfer
3. Ruth Frei
4. Werner Kobel

sowie der weiteren Grundeigentümer im Kanton Zürich mit Ertragsliegenschaften in Opfikon, mit hängigen Enteignungsverfahren gegen den Flughafen Zürich bzw. Kanton Zürich, welche von den Unterzeichneten vertreten werden.

Die Beschwerdeführenden beantragen, das Kommissionsmitglied Otto Wipfli sei in sämtlichen Verfahren betreffend Enteignung nachbarlicher Abwehrbefugnisse infolge Fluglärms sowie Entschädigung für den direkten Überflug, ausgehend vom Betrieb des Landflughafens Zürich-Kloten, in den Ausstand zu versetzen, soweit diese Verfahren die Beschwerdeführenden betreffen (Antrag Ziff. 1). Es sei aufsichtsrechtlich zu prüfen, ob und wie das Mitglied der ESchK 10, Otto Wipfli, auch in den weiteren, die Entschädigung für die

Unterdrückung von Fluglärmemissionen betreffenden Verfahren vor der Eidgenössischen Schätzungskommission des Kreises 10 in den Ausstand zu versetzen sei. Soweit auf die Beschwerde gemäss Ziff. 1 nicht eingetreten werde, sei die aufsichtsrechtliche Prüfung auch auf diese Verfahren auszudehnen (Antrag Ziff. 2).

D.

Die ESchK (Vorinstanz) verzichtet mit Schreiben vom 19. November 2009 auf eine Vernehmlassung und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

E.

Mit Beschwerdeantwort vom 7. Dezember 2009 verzichten die Beschwerdegegner auf das Stellen von materiellen Anträgen und beantragen gleichzeitig, die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und eine allfällige Prozessentschädigung an die Beschwerdeführenden sei ebenfalls der Staatskasse zu belasten.

F.

Die Beschwerdeführenden halten in ihrer Replik vom 4. Januar 2010 an den ursprünglich gestellten Anträgen fest.

G.

Mit Eingabe vom 14. Januar 2010 ersucht die Vorinstanz darum, der Beschwerde gegen ihren Entscheid vom 25. September 2009 die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

H.

Am 26. Januar 2010 hat der Anwalt der Beschwerdeführenden die Vollmachten von Elisabeth Bösch, Ruth Frei und Werner Kobel nachgereicht. Auf weitere Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, sofern entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 77 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (EntG,

SR 711) zur Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Schätzungskommission zuständig, und das Verfahren richtet sich vorbehältlich abweichender Bestimmungen im EntG nach dem Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32). Gemäss Art. 37 VGG gilt für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) subsidiär.

Beim angefochtenen Entscheid der EschK über den Ausstand von Otto Wipfli handelt es sich um eine Zwischenverfügung. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde ohne weiteres zulässig (Art. 45 Abs. 1 VwVG).

2.

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

2.1 Das Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein, doch muss es sich um eigene persönliche Interessen des Beschwerdeführers handeln; auf öffentliche Interessen allein oder die Interessen Dritter kann er sich nicht berufen. Sein Interesse ist dann schutzwürdig, wenn seine tatsächliche oder rechtliche Stellung durch den Ausgang des Verfahrens unmittelbar beeinflusst werden kann, d.h. wenn er durch das Beschwerdeverfahren einen materiellen oder ideellen Nachteil von sich abwenden oder aus diesem einen praktischen Nutzen ziehen kann. Diese Anforderungen sollen die im schweizerischen Recht grundsätzlich nicht vorgesehene Populärbeschwerde ausschliessen (BVGE 2007/1 E. 3.4 mit Hinweisen).

2.2 Es erscheint fraglich, ob die Beschwerdeführenden 1 – 3 über ein genügendes eigenes Rechtsschutzinteresse verfügen, da Otto Wipfli gemäss Aktenlage hinsichtlich ihrer Verfahren in den Ausstand getreten ist. Die Beschwerdeführenden 1 – 3 machen nun jedoch geltend, Otto Wipfli arbeite als Fachrichter bei der Vorinstanz an der Entwicklung eines Modells zur Einschätzung von Ertragsliegenschaften mit und könne somit indirekt auch auf ihre Verfahren Einfluss

nehmen. Die Frage des Fortbestehens des Rechtsschutzinteresses kann vorliegend offen gelassen werden, da auf die Beschwerde von Werner Kobel als Beschwerdeführer 4 ohnehin einzutreten ist. Hinsichtlich seines Verfahrens ist Otto Wipfli nicht in den Ausstand getreten und demnach muss das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers 4 bejaht werden.

2.3 Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht wird auch im Namen weiterer Grundeigentümer im Kanton Zürich mit Ertragsliegenschaften in Opfikon mit hängigen Enteignungsverfahren gegen den Flughafen Zürich bzw. Kanton Zürich geführt. Die betreffenden Personen werden indes nicht namentlich bezeichnet und entsprechende Vollmachten liegen ebenfalls nicht vor. Am vorinstanzlichen Verfahren haben ausserdem bloss die im Rubrum erwähnten Beschwerdeführenden 1 – 4 teilgenommen. Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde im Namen weiterer Grundeigentümer mit Ertragsliegenschaften in Opfikon nicht einzutreten.

3.

Soweit im Namen weiterer, nicht namentlich genannter, Grundeigentümer Antrag um Durchführung eines Aufsichtsverfahrens gestellt wird, ist vor dem Bundesverwaltungsgericht die Delegation für Enteignungssachen zuständig. Die vorliegende Aufsichtsanzeige wird demnach zur Prüfung an die Delegation weitergeleitet.

4.

Auf die gemäss Art. 50 und 52 VwVG frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist unter dieser Einschränkung einzutreten.

5.

Die Beschwerdeführenden begründen ihr Ausstandsbegehren im Einzelnen wie folgt: Otto Wipfli habe sich als leitender Mitarbeiter der kantonalen Verwaltung in einer Abteilung, deren wesentliche Aufgabe in der Abwicklung von Entschädigungsverfahren bestanden habe, mit den strittigen Forderungen der Enteigneten auseinandergesetzt. Er habe als Behördenmitglied während Jahren die Interessen des Kantons Zürich wahrgenommen. Er sei demnach für eine am Verfahren in der gleichen Sache beteiligte Partei tätig gewesen. Ferner sei er Mitglied in der „Arbeitsgruppe Immissionsentschädigungen“ gewesen, bei welcher es sich um eine Interessenvertretung von Flughafen Zürich AG und Kanton Zürich handle mit dem wesentlichen Zweck, die Entschädigungsforderungen koordiniert zu bekämpfen und zu

minimieren. Ausserdem habe er in seinem Memorandum vom 23. Februar 2003 klar Stellung bezogen, wie der Wertverlust von Ertragsliegenschaften berechnet werden müsse. In dieser Hinsicht sei zu erwarten, dass er bei seiner Meinung bleiben werde, wenn es um die Entwicklung eines Berechnungsmodells gehe. Der Anschein der Befangenheit sei auch in dieser Hinsicht nicht von der Hand zu weisen.

5.1

In Ausstandsfragen unterstehen die Präsidenten, ihre Stellvertreter und die Mitglieder der Schätzungskommission den für den Ausstand und die Ablehnung von Mitgliedern des Bundesgerichts aufgestellten Regeln (Art. 62 EntG). Die Beschwerdeführenden machen geltend, Otto Wipfli sei vorbefasst, da er als leitender Mitarbeiter der kantonalen Verwaltung und als Mitglied in der „Arbeitsgruppe Immissionsentschädigungen“ tätig gewesen sei (vgl. Art. 34 Abs. 1 Bst. b des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG; SR 173.110]). Ferner erwecke er den Anschein von Befangenheit aus anderen Gründen gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG, indem er an der Weiterentwicklung eines Modells zur Minderwertbestimmung für Ertragsliegenschaften beteiligt gewesen sei.

5.2 Die Ausstandsregelung von Art. 34 BGG, welche die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) konkretisiert (vgl. ANDREAS GÜNGERICH, in Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG]: Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar, Bern 2007, zu Art. 34 Rz. 2), gewährleistet die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ein Ausstandsgrund liegt vor, wenn die Gerichtsperson ein persönliches Interesse in der Sache hat (Art. 34 Abs. 1 Bst. a BGG), in einer anderen Stellung damit bereits einmal befasst war (Bst. b) oder enge partnerschaftliche (Bst. c) bzw. familiäre (Bst. d) Bande zu einer Partei, deren Vertretung oder einer Person aufweist, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war. Sodann hat in den Ausstand zu treten, wer aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte (Bst. e).

Die Bestimmungen von Art. 34 Abs. 1 Bst. b und e BGG, wonach in den Ausstand zu treten hat, wer bereits in der gleichen Sache tätig war bzw. wer aus andern Gründen befangen sein könnte, haben die Funktion eines Auffangtatbestandes. Zum Schutze des Vertrauens der Rechtssuchenden in eine integrale Verwaltungsrechtspflege sind alle Gegebenheiten zu vermeiden, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Gerichtsperson oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass die oder der Betroffene tatsächlich befangen ist, denn dies lässt sich kaum je beweisen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Rein subjektive Befürchtungen einer Prozesspartei genügen nicht. Insgesamt muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus der Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (BGE 133 I 92 E. 3.2; vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 133 Rz. 3.62, auch zum Folgenden). Bei Fehlen eines Ausstandsgrundes hat namentlich eine allfällige Gegenpartei Anspruch darauf, dass die Streitsache durch den ursprünglich vorgesehenen Spruchkörper und nicht durch andere Richterinnen oder Richter beurteilt wird. Aus diesen Gründen muss der Ausstand eine Ausnahme bleiben. Die persönliche Unbefangenheit eines Richters oder einer Richterin ist deshalb im Grundsatz zu vermuten und von der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung darf – auch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) – nicht leichthin abgewichen werden (vgl. zum Ganzen BGE 134 I 20 E. 4.2; BGE 133 I 1 E. 5.2 und 6.2; BGE 122 II 477 E. 3b, Urteil des Bundesgerichts 2C_171/2007 / 2C_283/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1, Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 1997, veröffentlicht in: Die Praxis des Bundesgerichts [Pra] 86/1997, S. 613 f. sowie die Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts A-5698/2008 vom 20. Oktober 2008 und C-787/ 2008 vom 29. Februar 2008).

5.3 Gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG treten Gerichtspersonen in den Ausstand, wenn sie in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsberater oder Rechtsberaterin einer Partei, als sachverständige Person oder als Zeuge beziehungsweise Zeugin, in der gleichen Sache tätig waren. Diese Bestimmung erfasst spezifische Fälle der Vorbefasstheit, wobei einerseits vorausgesetzt

wird, dass die Gerichtsperson in der in Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG genannten Funktion auftritt und andererseits dieselbe Angelegenheit betroffen ist. Was die Funktionen betrifft, welche eine unzulässige Vorbefassung begründen können, nennt das Gesetz zunächst die Mitgliedschaft in einer Behörde. Dies kann eine Verwaltungsbehörde oder aber auch eine gerichtliche Behörde sein. Der Begriff der Mitgliedschaft darf dabei nicht eng verstanden werden. Es muss genügen, wenn die Gerichtsperson in ihrer Stellung bei der Verwaltungsbehörde oder der gerichtlichen Behörde am Verfahren mitwirkte und dieses in der Sache durch Antragsrechte, Mitwirkung bei der Entscheidberatung oder durch Ausfertigung der Entscheidungsgründe beeinflussen konnte (ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N. 9 zu Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG).

Zur Beurteilung, ob ein Ausstandsgrund wegen Vorbefassung besteht, muss die Gerichtsperson in einer anderen Stellung *in der gleichen Sache* tätig gewesen sein. Die Beurteilung der Gefahr der Voreingenommenheit bei der vom Ausstandsbegehren betroffenen Person, welche in anderer Funktion als Gerichts- oder Verwaltungsbehörde bereits in gleicher Sache mitgewirkt hat, ist unter Berücksichtigung der wahrgenommenen Funktion zu beurteilen (vgl. HÄNER, a.a.O., N 13 zu Art. 34 BGG). Irgendeine, mit dem aktuellen Verfahren irgendwie zusammenhängende frühere Tätigkeit vermag jedoch eine Vorbefassung noch nicht zu begründen. Die Mehrfachbefassung setzt vielmehr einen hinreichend engen Sachzusammenhang zwischen dem aktuellen Verfahren und der früheren Beschäftigung voraus (KIENER, a.a.O., S.144).

5.3.1 Für die Beurteilung der Ausstandsfrage ist zunächst daran zu erinnern, dass die Betriebskonzession für den Flughafen Zürich am 1. Juni 2001 auf die Flughafen Zürich AG übergegangen ist. Seit diesem Zeitpunkt ist nicht mehr der Kanton Zürich, sondern die private Flughafenbetreiberin für die Behandlung der enteignungsrechtlichen Entschädigungsforderungen zuständig. Otto Wipfli trat seine Stelle bei der Baudirektion des Kantons Zürich im Jahr 2001 an und war ab diesem Zeitpunkt als Mitglied einer Verwaltungsbehörde tätig – in einer Funktion also, welche eine unzulässige Vorbefassung begründen könnte. Eine Vorbefassung von Otto Wipfli ist jedoch nur dann zu bejahen, wenn er in seiner früheren Stellung als Behördenmitglied auch tatsächlich in der gleichen Sache tätig gewesen ist. Eine Befassung mit der gleichen Sache kann vorliegend jedoch

ausgeschlossen werden, wie die nachfolgenden Überlegungen aufzeigen: Gemäss Angaben der Beschwerdegegner war Otto Wipfli während seiner Tätigkeit beim Kanton Zürich als Leiter Abteilung Landerwerb ab 2001 – ausgenommen die 18 Pilotfälle – nie mit Aufgaben im Zusammenhang mit konkreten Entschädigungsfragen konfrontiert. Der Kanton Zürich hat Entschädigungsforderungen im Zeitraum von 1998 bis 2000 behandelt. Nach seinem Stellenantritt 2001 war Otto Wipfli nur in den 18 Pilotfällen involviert und ist in diesen Verfahren richtigerweise auch bereits in den Ausstand getreten. Aufgrund der vorliegenden Akten besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Grund, diese Aussagen in Zweifel zu ziehen. Allein die Tätigkeit von Otto Wipfli beim Kanton Zürich im Allgemeinen und bei der Baudirektion im Besondern, welche in früheren Jahren als Enteignerin unter anderem in den Entschädigungsverfahren betreffend die Fluglärmemissionen auftrat, vermag den Eindruck der Befangenheit demnach nicht zu begründen. Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG verlangt darüber hinaus ein inhaltliches Engagement in der betreffenden Streitsache. Es fehlt vorliegend am hinreichend engen Sachzusammenhang zwischen dem aktuellen Verfahren und der früheren Beschäftigung als Leiter der Abteilung Landerwerb. Es reicht nicht, dass Otto Wipfli zwar Leiter der Abteilung Landerwerb war, welche den Kanton in den Verfahren betreffend Fluglärmmentschädigung vertrat, jedoch konkret nicht mit diesen Fällen betraut war. Würde man den Anschein der Befangenheit nur schon für den Abteilungsleiter in seiner Funktion bejahen, würden die Ausstandsregeln erstens viel zu weit gefasst und zweitens die Voraussetzung „in der gleichen Sache tätig“ obsolet. Da sich Otto Wipfli in seinen Tagesgeschäften ja gerade nicht mit den Verfahren betreffend Entschädigungsfragen befasst hat, vermag eine – wie hiervor erläutert – mit dem aktuellen Verfahren nicht direkt zusammenhängende frühere Tätigkeit eine Vorbefassung noch nicht zu begründen.

5.3.2 Welche Arbeiten Otto Wipfli als Mitglied der „Arbeitsgruppe Immissionsentschädigungen“ erledigt hat, geht aus den Akten nicht klar hervor. Aktenkundig ist, dass er im Mai 2008 als deren Mitglied zurückgetreten ist. Soweit ersichtlich hat er sich als Mitglied dieser Arbeitsgruppe zu keinem früheren Zeitpunkt mit der nun von der Schätzungskommission konkret zu entscheidenden Rechtsfrage befasst. Möglicherweise ist aber das Arbeitspapier „Memorandum der Baudirektion des Kantons Zürich“ vom 23. Februar 2006 in diesem

Rahmen entstanden. Dort hat er – zusammen mit einem zweiten Autor – für die Berechnung der Enteignungsentschädigung für moderne Bewertungsmethoden (Barwertmethode oder Discounted Cash Flow [DCF]-Methode) plädiert und die Frage aufgeworfen, ob die Eigentümer von Ertragsliegenschaften überhaupt einen fluglärmbedingten Schaden erlitten hätten. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Ausstandsfragen werden in den nachfolgenden Erwägungen geprüft. Von diesem Sachverhalt abgesehen, sind keine Verhaltensweisen ersichtlich, die aufgrund der Mitgliedschaft in der „Arbeitsgruppe Immissionsentschädigungen“ den Anschein der Befangenheit erwecken könnten. Ein Ausstandsgrund nach Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG liegt somit nicht vor.

5.4 Die Beschwerdeführenden machen geltend, Otto Wipfli erwecke den Anschein der Befangenheit aus anderen Gründen gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG. Im Memorandum vom 23. Februar 2006 habe er ausdrücklich die Meinung vertreten, dass den Eigentümern von Ertragsliegenschaften durch den Fluglärm kein Schaden entstanden sei. Wenn es nun um die Entwicklung eines Modells gehe, könne sich Otto Wipfli in diesem Punkt auch bei redlichem Bemühen nicht völlig frei und unabhängig äussern. Somit sei der Anschein bzw. der Verdacht der Befangenheit nicht ernsthaft von der Hand zu weisen.

5.4.1 Gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG treten Gerichtspersonen in den Ausstand, wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten.

Ein Sonderfall richterlichen Engagements in der Öffentlichkeit ist die richterliche Publizistik, das heisst die öffentliche, in der Regel wissenschaftliche Stellungnahme zu rechtlichen oder rechtspolitischen Fragen. Als Ausdruck ihrer Meinungsfreiheit ist es den Gerichtspersonen grundsätzlich unbenommen, sich durch Stellungnahmen zu rechtlichen oder politischen Fragen aktiv in die wissenschaftliche und politische Diskussion einzuschalten. Dies kann durch Veröffentlichung in der Fachliteratur geschehen, in Gutachten, anlässlich von Fachtagungen oder Kongressen, bei der Mitarbeit in der Gesetzgebung, in Vorträgen oder Vorlesungen und in Interviews oder Leserbriefen. Ebenso wenig wie ein weltanschauliches Engagement in der Öffentlichkeit kann auch die richterliche Publizistik für sich allein genommen die begründete Besorgnis einer Befangenheit hervorrufen, wenn ein

Zusammenhang zwischen den erörterten Fragen und dem aktuellen Verfahren besteht (KIENER, a.a.O., S.194).

Fehlt ein unmittelbarer Kontext zwischen (wissenschaftlicher) Äusserung und aktuellem Verfahren, hatte sich der Richter also nur allgemein zu der im konkreten Verfahren umstrittenen Thematik geäussert, wird die Annahme der Befangenheit jedenfalls solange zu verneinen sein, als die Gewähr besteht, dass die früheren, tatsächlichen oder rechtlichen Festlegungen als vorläufig anerkannt, im weiteren Verlauf des Verfahrens immer wieder überprüft und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente revidiert werden. Zur Beurteilung der Fairness eines Verfahrens ist demnach ausschlaggebend, ob die frühere Äusserung den berechtigten Eindruck entstehen lässt, Gerichtspersonen könnten sich von den getroffenen Feststellungen und geäusserten Wertungen nicht mehr lösen und würden die Sache deshalb nicht mehr mit der nötigen Distanz und Objektivität beurteilen (Anschein der Befangenheit bejaht in BGE 133 I 89; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 136 Rz. 3.68, KIENER, a.a.O., S. 145).

5.4.2 In seinem Entscheid 133 I 89 hat das Bundesgericht festgehalten, die Meinungsäusserung eines Richters zu Rechtsfragen ausserhalb des Gerichts würde bei objektiver Betrachtungsweise grundsätzlich noch nicht den Anschein der Voreingenommenheit erwecken, selbst wenn sie für die Entscheidung erheblich sei. Anders lautende Anzeichen blieben aber vorbehalten. So könne ein Schiedsrichter befangen erscheinen, der vor seiner eigenen Ernennung ein erstes Schiedsurteil in einer Fachzeitschrift als „grob falsch“ kritisiert und später als Schiedsrichter materiell die gleiche Angelegenheit zu beurteilen hatte wie im kritisierten Entscheid. Gemäss Bundesgerichtsurteil entstand konkret der Anschein der Befangenheit, weil sich der Schiedsrichter durch die dezidierte Art seiner Äusserung in einer Weise festgelegt hatte, die bei objektiver Betrachtungsweise befürchten liess, er habe seine Meinung abschliessend gebildet und werde die sich im Streitfall konkret stellenden Fragen nicht mehr umfassend und offen beurteilen.

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob der Anschein besteht, Otto Wipfli habe im Memorandum vom 23. Februar 2006 seine Meinung bezüglich der anzuwendenden Bewertungsmethode ebenfalls abschliessend gebildet: Dazu ist vorab festzuhalten, dass das Bundesgericht in einem

seiner Pilotentscheide zu den fluglärmbedingten Enteignungsschädigungen festgestellt hat, Wohnliegenschaften, die Überflügen und übermässigem Fluglärm ausgesetzt seien, würden eine wertmässige Einbusse erleiden. Die schleichende Entwertung werde sich über kurz oder lang darin zeigen, dass für die belasteten Wohnungen nicht (mehr) die selben Mietzinse erzielt werden könnten wie für vergleichbare Objekte in unberührter, ruhiger Lage (Urteil des Bundesgerichts 1E.12/2007 vom 28. April 2008). Auch wenn Otto Wipfli im Memorandum vom 23. Februar 2006 diesbezüglich eine andere Meinung vertreten haben sollte – das Memorandum ist in diesem Punkt nicht völlig klar –, kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er seine Auffassung aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung revidieren oder sich dieser zumindest unterziehen würde; es ist dies letztlich nichts anderes, als vorinstanzliche Gerichte mit Bezug auf die Rechtsprechung der übergeordneten Instanzen regelmässig zu tun haben.

Sodann ist unbestritten, dass Otto Wipfli in seinem Memorandum vom 23. Februar 2006 die Meinung vertrat, bei Ertragsliegenschaften sei die DCF-Methode anzuwenden. Das Bundesgericht hat im Pilotenscheid 1E.12/2007 zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen, sondern offen gelassen, mit welcher Methode Wertverluste von Ertragsliegenschaften zu bemessen seien. Es hat jedoch einen Rahmen zur Entwicklung eines Bewertungsrasters gelegt. So hat das Bundesgericht ausgeführt, für Ertragsliegenschaften, die Wohnzwecken dienen und sich nicht für eine andere, weniger lärmempfindliche Nutzung eignen würden, habe eine schematische Beurteilung des fluglärmbedingten Schadens zu erfolgen. In den nachfolgenden Erwägungen hat das Bundesgericht Anhaltspunkte zur Bewertung des Wertverlustes gesetzt. Auch wenn die Vorinstanz noch über Spielraum zur Entwicklung eines Rasters verfügt, muss sie dabei die bundesgerichtlichen Erwägungen bezüglich der Neuermittlung des überflugs- und lärmbedingten Schadens beachten. Vorliegend darf und muss vorausgesetzt werden, dass Otto Wipfli als Schätzungsrichter in der Lage ist, seine Beurteilung entsprechend dem neuesten Stand der Rechtsprechung neu zu prüfen, im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen anzupassen und innerhalb des gesetzten Rahmens ein Bewertungsschema zu entwickeln.

6.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass keine Gründe für einen Ausstand von Schätungsrichter Otto Wipfli vorliegen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

7.

Angesichts des vorliegenden Endurteils ist das Gesuch der Vorinstanz um Entzug der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

8.

Gemäss Art. 116 Abs.1 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (EntG, SR 711) trägt die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht der Enteigner. Werden die Begehren des Enteigneten ganz oder zum grösseren Teil abgewiesen, so können die Kosten auch anders verteilt werden. Unnötige Kosten trägt in jedem Fall, wer sie verursacht hat. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegner ist vorliegend kein Grund ersichtlich, von der spezialgesetzlichen Kostenregelung abzuweichen. Wie sie zu Recht ausführen, liegt die korrekte Zusammensetzung des Spruchkörpers im öffentlichen Interesse; gerade deshalb besteht kein Anlass, die Verfahrenskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen. Auch wenn diese mit ihrer Beschwerde nicht durchgedrungen sind, war es vertretbar, vorliegend ein Ausstandsbegehren zu stellen. Die auf Fr. 1'500.-- festzusetzenden Verfahrenskosten (Art. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) sind somit den Beschwerdegegnern aufzuerlegen. Der von den Beschwerdeführenden geleistete Kostenvorschuss ist ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

9.

Im Enteignungsrecht gilt, anders als nach Art. 64 VwVG, nicht das Unterliegerprinzip. Art. 115 Abs. 1 EntG geht davon aus, dass den Enteigneten grundsätzlich eine Parteientschädigung zuzuerkennen ist, und zwar zulasten des Enteigners. Von diesem Grundsatz kann gestützt auf Art. 115 Abs. 2 EntG abgewichen werden, wenn die Begehren ganz oder zum grössten Teil abgewiesen werden. Bei offensichtlich missbräuchlichen Begehren oder bei offensichtlich übersetzten Forderungen kann der Enteignete sogar zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Enteigner verhalten werden (Art. 115 Abs. 3 EntG). Bei diesen beiden Ausnahmen handelt es sich

um Kann-Bestimmungen, welche dem urteilenden Gericht einen Ermessensspielraum einräumen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1923/2008 vom 26. März 2009 E. 12.2).

9.1 Vorliegend waren weder Fragen von grundsätzlicher Natur noch sehr komplexe Rechtsfragen zu beurteilen, weshalb es sich rechtfertigt, bei vollständigem Unterliegen der Beschwerdeführenden auf eine Parteienschädigung im Sinne von Art. 115 Abs. 2 EntG zu verzichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.

Die Aufsichtsbeschwerde wird an die Delegation für Enteignungssachen des Bundesverwaltungsgerichts weitergeleitet.

4.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-- werden je hälftig den Beschwerdegegnern auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

5.

Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- wird den Beschwerdeführenden nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde, Beilage zur Kenntnisnahme: Doppel des Gesuchs um Entzug der aufschiebenden Wirkung vom 14. Januar 2010)
- die Beschwerdegegner (Gerichtsurkunde, Beilage zur Kenntnisnahme: Doppel des Gesuchs um Entzug der aufschiebenden Wirkung vom 14. Januar 2010)
- die Vorinstanz (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Lorenz Kneubühler

Silja Hofer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: