

Recht informiert.

## Der Newsletter von Pfisterer Rechtsanwälte, Juni 2016

**Aus dem Bundesgericht: Fotoprotokoll nach Augenschein, zwingende Zustellung an die Parteien zur Stellungnahme**

**Das Bundesgericht schärfte einmal mehr den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs im Verfahren: Wird ein Augenschein durchgeführt, müssen die wesentlichen Aussagen protokolliert werden. Nimmt die Behörde zur Unterstützung ihrer Arbeit Fotos auf, muss sie diese den Parteien zustellen, damit sich die Parteien dazu äussern können. Weil das nicht befolgt wurde, hob das Bundesgericht einen Entscheid des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden auf (Urteil 1C\_457/2015 vom 3. Mai 2016).**



Die Parteien verfügen im Verwaltungsverfahren über verschiedene Rechte. Unter anderem dürfen sie an der Aufnahme wesentlicher Beweise mitwirken, wesentliche Verfahrensakte einsehen und sich grundsätzlich dazu äussern. Das schreibt der so genannte Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf Gewährung des rechtlichen Gehörs vor (Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung, § 22 Abs. 1 Kantonsverfassung Aargau). Das Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien ist die Pflicht der Behörden zur Aktenführung. Dazu gehört, dass von einer Ortsbesichtigung (Augenschein) ein schriftliches Protokoll erstellt wird, allenfalls ergänzt mit Plänen, Zeichnungen, Fotos. Die Parteien dürfen das

Augenscheinprotokoll als Teil der Verfahrensakten einsehen, sich dazu äussern und allenfalls Berichtigungen verlangen.

Im zu beurteilenden Fall erstellte die handelnde Behörde (Obergericht Appenzell Ausserrhoden) im Nachgang zum Augenschein eine umfangreiche, aussagekräftige Fotodokumentation und reichte diese mit zahlreichen Fotos, Kommentaren, Massangaben und Hervorhebungen direkt dem Bundesgericht ein. Das Bundesgericht beanstandete das Vorgehen. Es bemerkte, auch wenn die Fotos vor den Augen der Parteien gemacht worden seien, ersetze dies nicht die Möglichkeit der Parteien, vor Urteilsfällung zu den Bildern Stellung nehmen zu können (Bildausschnitt, Belichtung, Bearbeitung, Standort des Fotografen, Distanzangaben, etc.). Nur so sei der Gehörsanspruch der Parteien gewährleistet und dürfe die Dokumentation in das Urteil einfließen. Weil das nicht beachtet worden sei, sei der kantonale Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese den Parteien die Möglichkeit gebe, sich zum Protokoll inklusive Fotos zu äussern.

Der Entscheid ist auch für den Kanton Aargau entscheidend: Bei Augenscheinen fotografiert die handelnde Behörde im Nachgang zum Rundgang vor Ort regelmässig die Örtlichkeiten zu Handen der Akten. Das ist sinnvoll und hilfreich bei der Urteilsfindung. Sie stellt den Parteien mit dem Protokoll des Augenscheins die Fotos in der Regel jedoch nicht zu. Das ist - gemäss dem Urteil des Bundesgerichts - ein Versäumnis. Es besteht also auch im Kanton Aargau Bedarf, die Praxis der Zustellung von Augenscheinprotokollen zu ändern und die Fotos ebenfalls zuzustellen, sofern solche aufgenommen wurden. Beiläufig spricht sich das Bundesgericht dafür aus, dass den Parteien mit der Zustellung des Protokolls Frist angesetzt werde für allfällige Berichtigungen des Protokolls. Das gewährleistet, dass das Protokoll eine verlässliche Grundlage im Verfahren darstelle. Dem ist zuzustimmen.