



Urteil vom 4. Juli 2019

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richterin Christine Ackermann,
Gerichtsschreiberin Pascale Schlosser.

Parteien

1. Flughafen Zürich AG,
Rechtsdienst, Postfach, 8058 Zürich,
2. Kanton Zürich,
Baudirektion, Immobilienamt, Assetmanagement,
Walcheplatz 1, Postfach, 8090 Zürich,
beide vertreten durch
Dr. iur. Roland Gfeller, Rechtsanwalt,
Gfeller Budliger Kunz Rechtsanwälte,
Florastrasse 44, Postfach, 8032 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

Swiss Life AG,
General-Guisan-Quai 40, 8022 Zürich,
vertreten durch
Dr. iur. Adrian Strütt und Martin Looser, Rechtsanwälte
ettlersuter Rechtsanwälte, Klausstrasse 43, Postfach 3062,
8034 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Schätzungskommission Kreis 10,
Administration Flughafenfälle, Postfach 1813, 8032 Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ausstandsbegehren.

Sachverhalt:**A.**

Bei der Eidgenössischen Schätzungskommission Kreis 10 (nachfolgend: ESchK 10) ist ein Entschädigungsbegehren der Swiss Life AG zur Abgeltung übermässiger Einwirkungen aus dem Betrieb des Flughafens Zürich rechtshängig (Verfahrens-Nr. [...]). In diesem Verfahren treten die Flughafen Zürich AG und der Kanton Zürich als Enteigner auf.

B.

Mit Eingaben vom 19. Juni 2018 und 12. Juli 2018 an die ESchK 10 stellten die Flughafen Zürich AG und der Kanton Zürich ein Ausstandsbegehren. In ihrem Rechtsbegehren beantragten sie, dass der für das Verfahren Nr. (...) zuständige Vizepräsident der ESchK 10, A. _____ (nachfolgend: Vizepräsident), durch den damaligen Präsidenten ad interim, B. _____, zu ersetzen sei. Sie machten geltend, dass der Vizepräsident aufgrund von negativen Äusserungen im Rahmen eines vor dem Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahrens der Flughafen Zürich AG betreffend eine Rechnungsverfügung der ESchK 10 als befangen und voreingenommen betrachtet werden müsse. Der Vizepräsident habe daher im genannten Verfahren sowie auch in den anderen ihm zugewiesenen Verfahren (Verfahrens-Nrn. [...]), in denen die Flughafen Zürich AG Partei sei, in den Ausstand zu treten. Die durch dieses Ausstandsbegehren verursachten Verfahrenskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen.

C.

In der Folge sistierte der damalige Präsident ad interim, B. _____, mit Verfügung vom 27. Juni 2018 die obgenannten Verfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Ausstandsbegehren.

D.

Am 3. Juli 2018 stellte die Swiss Life AG der ESchK 10 ein Gesuch um Beiladung zum Verfahren betreffend das Ausstandsbegehren.

E.

Der damalige Präsident ad interim, B. _____, verfügte am 16. Juli 2018, dass der Swiss Life AG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werde. In den Erwägungen hielt er ferner fest, dass sich der Spruchkörper zur Behandlung des Ausstandsbegehrens aus C. _____ (vom Bundesrat gewähltes Fachmitglied [recte: vom Regierungsrat gewähltes Fachmitglied]), D. _____ (vom Bundesrat gewähltes Fachmitglied) und E. _____ (vom

Bundesrat gewähltes Fachmitglied) zusammensetze. Als Aktuarin werde F. _____ eingesetzt.

F.

Nachdem der Vizepräsident und die Swiss Life AG zum beantragten Ausstand Stellung genommen hatten, wies die ESchK 10 in obgenannter Besetzung mit Verfügung vom 26. Oktober 2018 das Ausstandsbegehren ab. Sie stellte sich auf den Standpunkt, der Vizepräsident habe die kritisierten Äusserungen im Rahmen der vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Kostenbeschwerdeverfahren betreffend Rechnungsverfügungen der ESchK 10 gemacht, in denen der Vizepräsident selbst nicht rechtsprechend tätig sei und daher keine unparteiische Rolle einnehmen müsse. Vielmehr habe er in diesen Verfahren eine parteiähnliche Stellung. Da seine Äusserungen in jenen Verfahren keinen Konnex zu den Schätzungsverfahren aufweisen und somit in keinem Zusammenhang mit seiner richterlichen Funktion stehen würden, seien diese für die Beurteilung der Befangenheit nicht relevant. Schliesslich sei kein Grund ersichtlich, von der Regelung gemäss Art. 114 Abs. 1 EntG abzuweichen, wonach die Kosten des vorliegenden Verfahrens dem Enteigner und somit der Flughafen Zürich AG aufzuerlegen seien.

G.

Gegen diese Verfügung der ESchK 10 (nachfolgend: Vorinstanz) erheben die Flughafen Zürich AG und der Kanton Zürich (nachfolgend: Beschwerdeführende) mit Eingabe vom 19. November 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die Nichtigkeit der Verfügung sei festzustellen und die Vorinstanz anzuhalten, die Angelegenheit in rechtskonformer Zusammensetzung neu zu entscheiden. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und – sofern das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheide – das Ausstandsbegehren gutzuheissen. Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht materiell nicht entscheide, sei die Angelegenheit subeventualiter zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz bzw. der Staatskasse.

Zur Begründung bringen sie vor, dass die angefochtene Verfügung von einem mangelhaft besetzten Spruchkörper (drei Fachmitglieder statt zwei Fachmitglieder und ein Präsidiumsmitglied) erlassen worden sei, weshalb die Verfügung nichtig oder jedenfalls aufzuheben sei. Sodann sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da die Vorinstanz das Ausstandsbe-

gehen ohne inhaltliche Prüfung der negativen Äusserungen des Vizepräsidenten abgewiesen habe. Letzterer habe sich in seiner Vernehmlassung vom 18. Mai 2018 in einem vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahren betreffend eine Rechnungsverfügung der ESchK 10 in einer Weise geäussert, die ihn für die Beurteilung von Fällen betreffend die Flughafen Zürich AG als befangen erscheinen lasse. Durch polemische Vorwürfe und persönliche Angriffe habe der Vizepräsident sein Unverständnis und die negative (Grund-) Haltung gegenüber der Flughafen Zürich AG zum Ausdruck gebracht. Seine Ausführungen würden nicht nur die notwendige Distanz vermissen lassen, sondern auch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten. Auch nach Einreichung des Ausstandsbegehrens habe der Vizepräsident seine Wortwahl nicht geändert. Vielmehr zeige er nach wie vor erhebliche Mühe mit seiner Rolle als Gerichtsperson, indem er weiterhin an seinen verbalen Entgleisungen und Verunglimpfungen festgehalten habe.

H.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 21. Januar 2019 die Abweisung der Beschwerde.

Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vervollständigung des Spruchkörpers durch Fachmitglieder zulässig gewesen sei, nachdem keine Präsidiumsmitglieder mehr zur Verfügung gestanden hätten. Ohnehin sei die Rüge verspätet vorgebracht worden. In materieller Hinsicht hält die Vorinstanz an der angefochtenen Verfügung fest und ergänzt, dass mit den Äusserungen des Vizepräsidenten allein das Verhalten und die Argumentation der Flughafen Zürich AG aus der Sicht der Vorinstanz sachlich-kritisch gewürdigt worden sei, ohne dass diese in persönlicher oder gar beleidigender Weise angegriffen worden sei. Eine allgemeine negative Einstellung des Vizepräsidenten gegenüber der Flughafen Zürich AG oder eine Voreingenommenheit in Bezug auf die in den Schätzungsverfahren vertretenen Anliegen würden in den beanstandeten Äusserungen nicht zum Ausdruck kommen.

I.

Die Swiss Life AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragt mit Beschwerdeantwort vom 4. Februar 2019 – ohne Stellung materieller Rechtsbegehren – eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführer (bei Abweisung der Beschwerde) bzw. zulasten der Staatskasse (bei Gutheissung der Beschwerde). Sie hält im Wesentlichen fest,

dass die beanstandeten Äusserungen zwar eine gewisse Vehemenz offenbaren, jedoch nicht den Anschein von Befangenheit in den Schätzungsverfahren würden begründen können. Zudem komme dem Vizepräsidenten in den Kostenbeschwerdeverfahren eine parteiähnliche Rolle zu und es würde daher zu weit gehen, von ihm die gleiche Zurückhaltung zu verlangen, wie wenn er als Vorinstanz zur Stellungnahme in einem Enteignungsfall eingeladen sei. Ferner ersucht sie in formeller Hinsicht um Anpassung des Rubrums, da die Swiss Life AG und nicht die wohl versehentlich aufgeführte Swiss Life Intellectual Property Management AG Enteignete und damit Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren sei.

J.

In ihren Schlussbemerkungen vom 15. März 2019 halten die Beschwerdeführenden an ihren Ausführungen in der Beschwerde fest und äussern sich zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin. Sie weisen insbesondere darauf hin, dass die Eingabe der Beschwerdegegnerin nicht geeignet sei, etwas zur Entscheidungsfindung beizutragen, da sie insbesondere keine eigenen Wahrnehmungen und Angaben zur Frage der Befangenheit des Vizepräsidenten machen könne. Da sie zudem keinen materiellen Antrag stelle, verbiete es sich, ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen. Zur Vernehmlassung der Vorinstanz halten die Beschwerdeführenden fest, dass die Rüge der falschen Besetzung nicht verwirkt sei. Sodann handle es sich bei den negativen Äusserungen keinesfalls um sachlich-kritische, sondern offensichtlich um (ab-)wertende Bemerkungen. Wie die in der Zwischenzeit ergangenen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in den Kostenbeschwerdeverfahren zudem belegen würden, würden die Vorwürfe auch jeglicher Grundlage entbehren.

K.

Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf die Einreichung von Schlussbemerkungen.

L.

Am 29. März 2019 reicht die Vorinstanz eine unaufgeforderte Stellungnahme ein. Sie betont, dass Einwendungen gegen die Besetzung des Spruchkörpers nach konstanter Rechtsprechung ohne Verzug geltend zu machen seien. In Bezug auf die Würdigung des Ausstandsgrundes könne sodann keine Rolle spielen, wie die Standpunkte der Vorinstanz in den Kostenbeschwerdeverfahren inzwischen beurteilt worden seien.

M.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheiderelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Nach Art. 37 Abs. 3 der Verordnung über das Verfahren vor den eidgenössischen Schätzungskommissionen vom 13. Februar 2013 (SR 711.1; nachfolgend: VESchK) können Entscheide der Schätzungskommission über Ausstandsbegehren gegen deren Mitglieder beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (vgl. auch Art. 31 und Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32]).

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit weder das Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (EntG; SR 711) noch das VGG etwas anderes bestimmen (vgl. Art. 77 Abs. 2 EntG; Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde sind unter anderem die Hauptparteien berechtigt (vgl. Art. 78 Abs. 1 EntG). Im Übrigen gelten die allgemeinen Voraussetzungen gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG, wonach zur Beschwerde berechtigt ist, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (vgl. E. 1.1).

Die Beschwerdeführenden haben sich am Verfahren vor der Vorinstanz beteiligt und sind Adressaten der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Vorinstanz ihr Ausstandsbegehren abgewiesen hat. Sie sind daher durch die angefochtene Verfügung formell wie materiell beschwert und folglich als zur Beschwerdeerhebung berechtigt anzusehen.

1.3 Die Beschwerdeführenden machen zunächst geltend, die angefochtene Verfügung über den Ausstand von Vizepräsident A. _____ sei nichtig, da der Spruchkörper mangelhaft zusammengesetzt gewesen sei. Die Verfügung sei in der Besetzung mit drei Fachmitgliedern entschieden worden und nicht – wie in Art. 60 EntG vorgeschrieben – vom Präsidenten bzw. einem Stellvertreter und zwei Fachmitgliedern. Da die Schätzungskommission vorliegend nicht mehr in der Lage gewesen sei, sich gemäss Art. 60

EntG zusammensetzen, hätte sie in sinngemässer Anwendung von Art. 11 Abs. 2 VESchK, die Aufsichtsbehörde anrufen müssen oder Letztere habe den Ausstandsentscheid gestützt auf Art. 10 Abs. 2 VwVG selbst zu fällen. Die Verfügung leide daher an einem Formmangel, welcher die Nichtigkeit derselben zur Folge habe. Sollte die Nichtigkeit nicht erfüllt sein, so sei jedenfalls von einem erheblichen Verfahrensfehler auszugehen, der für sich allein bereits die Aufhebung des Entscheids rechtfertige.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass für die Beurteilung des Ausstandsbegehrens lediglich noch Fachmitglieder zur Verfügung gestanden hätten. Aus Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) – welcher sinngemäss für den Ausstand von Mitgliedern der Schätzungskommission gelte – ergebe sich, dass für die Beurteilung des Ausstandsbegehrens auch solche Mitglieder der Kommission beigezogen werden könnten, die von einer anderen Behörde gewählt worden seien. Der Spruchkörper sei dementsprechend durch Fachmitglieder zu ergänzen, wenn die Präsidiumsmitglieder am Entscheid nicht mitwirken könnten. Art. 10 Abs. 2 VwVG stütze im Übrigen dieses Ergebnis.

1.4 Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen und ist ex tunc sowie ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich (BGE 132 II 342 E. 2.3, 129 I 361 E. 2.3). Sie kann aufgrund ihrer fehlenden Rechtswirkung kein Anfechtungsobjekt einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde sein. Auf die Beschwerde gegen eine nichtige Verfügung ist daher nicht einzutreten, jedoch ist die Nichtigkeit im Dispositiv festzustellen (BGE 132 II 342 E. 2.3, 129 V 485 E. 2.3, 127 II 32 E. 3g; Urteil des BGer 2C_381/2010 vom 17. November 2011 E. 1.4; BVGE 2008/59 E. 4.3; Urteil des BVGer A-3764/2015 vom 15. September 2015 E. 2.4).

Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nach der sog. Evidenztheorie ausnahmsweise nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen namentlich schwerwiegende Zuständigkeitsfehler und schwerwiegende Verfahrens- und Formfehler in Betracht. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (BGE 139 II 243 E. 11.2 und 138 II 501 E. 3.1, je mit Hinweisen; Urteile des BVGer A-8199/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 1.4 und A-1087/2016 vom 10. August 2016 E. 1.2.1).

Da eine nichtige Verfügung somit kein Anfechtungsobjekt einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sein kann, ist vorab zu prüfen, ob die vorliegend angefochtene Verfügung – wie die Beschwerdeführenden geltend machen – nichtig ist.

1.4.1 Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Die Vorinstanz ist ein erstinstanzliches eidgenössisches Fachgericht mit Rechtsprechungsaufgaben in Enteignungssachen. Ihre Mitglieder sind in ihrer Tätigkeit unabhängig. Die Vorinstanz gilt somit als richterliche Behörde i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV (vgl. BGE 144 II 167 E. A; BGE 119 Ib 447 E. 1). Inhaltlich gleiche Anforderungen an die Justiz stellt auch Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Der Anspruch auf den gesetzlichen Richter gewährleistet jeder Person, dass ihre Sache vom zuständigen und durch ein Gesetz geschaffenes Gericht beurteilt wird. Ausnahmegerichte und die Bestellung von ad hoc oder ad personam berufenen Richtern sind zum Zwecke der Verhinderung von Missbrauch und Manipulation bzw. zum Ausschluss jeglichen entsprechenden Anscheins oder Verdachts untersagt. Vielmehr wird verlangt, dass das Gericht und seine Zuständigkeit (in persönlicher, zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht) durch Rechtssatz im Voraus bestimmt sind (vgl. BGE 134 I 125 E. 3.3; BGE 131 I 31 E. 2.1; BGE 129 V 196 E. 4.1; BGE 123 I 49 E. 2b; GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 30 BV Rz. 11). Der Anspruch auf den gesetzlichen Richter bezieht sich sodann auf die gehörige Besetzung der richterlichen Behörde gemäss den geltenden Vorschriften. Jeder Verfahrensbeteiligte hat Anspruch darauf, dass die Behörde richtig zusammengesetzt ist, vollständig und ohne Anwesenheit Unbefugter entscheidet (vgl. BGE 137 I 340 E. 2.2.1; BGE 129 V 335 E. 3.1; BGE 127 I 128 E. 4b). Die verfassungsmässige Garantie wird namentlich verletzt, wenn ein Gericht in kleinerer als der vorgesehenen Besetzung (BGE 129 V 335 E. 3) oder in Überbesetzung (vgl. Urteil des BGer 2P.26/2003 vom 1. September 2009 E. 3) urteilt; wenn ein Entscheid ohne Mitwirkung der Kammer einzelrichterlich ergeht (BGE 132 V 303 E. 3); wenn das Gericht unter Ausschluss des Gerichtsschreibers entscheidet (BGE 125 V 499 E. 2); wenn ein Richter nach Ablauf seiner Amtsperiode noch mitwirkt (Urteil des BGer 1C_235/2008 vom 15. Mai 2009 E. 3.2); oder wenn ein Richter eine Wählbarkeitsvoraussetzung verloren hat (BGE 140 II 141 E. 1.1; GEROLD STEINMANN, a.a.O., Art. 30 BV Rz. 12; JOHANNES

REICH, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar BV, 2015, Art. 30 BV Rz. 15).

1.4.2 Der Anspruch auf eine unparteiische und unbefangene Behörde bzw. auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht setzt ferner die Bekanntgabe der personellen Zusammensetzung der Behörde voraus, denn nur so können die Betroffenen feststellen, ob ihr verfassungsmässiger Anspruch auf richtige Besetzung der Verwaltungsbehörde bzw. des Gerichts und eine unparteiische Beurteilung ihrer Sache gewahrt ist (vgl. Urteil des BVGer A-3864/2014 / A-3920/2014 vom 7. April 2015 E. 3.3.4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 437). Auch das Bundesgericht leitet den Anspruch auf Bekanntgabe der Behördenmitglieder, die beim Entscheid mitwirken, namentlich aus der Garantie des verfassungsmässigen Richters ab. Nach der bundesgerichtlichen Praxis soll die Bekanntgabe in irgendeiner Form genügen, sei es durch persönliche Mitteilung an die Parteien auf der Vorladung oder im Rubrum des Entscheids oder in einer allgemein zugänglichen Publikation, etwa in einem amtlichen Blatt, einem Staatskalender oder einem Rechenschaftsbericht der Behörde (BGE 128 V 82 E. 2b; BGE 117 Ia 322 E. 1c).

1.4.3 Über den Ausstand entscheidet im Streitfall die Schätzungskommission als erste Instanz unter Ausschluss der betroffenen Mitglieder (Art. 62 EntG). Der Entscheid darüber stellt eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung dar (Art. 45 Abs. 1 VwVG).

Die Schätzungskommission verhandelt in der Besetzung von drei Mitgliedern. Dazu gehört die Präsidentin bzw. der Präsident oder ein Stellvertreter, welche beide vom Bundesverwaltungsgericht gewählt werden. Des Weiteren beteiligen sich ein vom Bundesrat gewähltes Mitglied sowie ein Mitglied, das von der Regierung jenes Kantons ernannt wird, in dessen Gebiet der Gegenstand der Enteignung liegt (vgl. Art. 59 Abs. 1 und 60 Abs. 1 EntG).

1.4.4 Die vorliegend angefochtene Verfügung wurde von drei Fachmitgliedern ohne Mitwirkung des Präsidenten bzw. eines Stellvertreters und somit nicht in der in Art. 60 EntG vorgesehenen Besetzung gefällt. Nachdem sich der Präsident wie auch der Vizepräsident der Vorinstanz im Ausstand befinden, stellt sich die Frage, wer anstelle Letzterer in der Schätzungskommission mitzuwirken hat bzw. wie in einem solchen Fall vorzugehen ist. Weder das EntG noch die VESchK äussern sich zu dieser Frage.

1.4.4.1 Wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt, besteht eine Lücke im Gesetz. Dabei ist zu unterscheiden: Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – jedoch im negativen Sinn – mitentschieden (sog. qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Demgegenüber liegt eine echte, durch das Gericht zu füllende Gesetzeslücke vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (BGE 140 III 636 E. 2.1; BGE 140 III 206 E. 3.5.1; Urteil des BVerfG A-5664/2014 vom 18. November 2015 E. 7). Eine unechte Lücke liegt hingegen vor, wenn das Gesetz zwar auf alle Fragen, die sich stellen, eine Antwort gibt, diese aber zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führt und daher als lückenhaft empfunden wird (zum Ganzen: BGE 139 I 57 E. 5.2; HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 202 ff.); auch hier bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung.

Besteht eine echte Lücke, so soll das Gericht nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210], welcher zumindest sinngemäss auch für das öffentliche Recht gilt [vgl. BGE 140 II 289 E. 3.1]). Die zu bildende Regel muss sich widerspruchlos in das bestehende Gesetzesrecht und dessen Wertungen und Zielsetzungen einfügen (BGE 140 III 636 E. 2.2). Dieses Verfahren steht damit der teleologischen Auslegung, die der Ermittlung des Sinnes und des Zwecks einer Gesetzesbestimmung dient, sehr nahe. Um Sinn und Zweck zu ermitteln, muss nach den Interessen gefragt werden, die der Gesetzgeber zu berücksichtigen hatte. Oftmals können Lücken auf dem Weg der Analogie geschlossen werden (Urteil des BVerfG 6B_791/2014 vom 7. Mai 2015 E. 1.3.1 m.w.H.).

1.4.4.2 Die VESchK hält in Art. 37 Abs. 1 zur Behandlung des Ausstandsgesuchs und zur Zuständigkeit fest, dass die Präsidentin oder der Präsident zu vertreten ist, wenn ein Ausstandsgrund auf sie zutrifft. Kann eine Stellvertreterin oder ein Stellvertreter die Präsidialfunktion nicht ausüben, so übernimmt die weitere Stellvertreterin oder der weitere Stellvertreter die Funktionen der Präsidentin oder des Präsidenten. Für den Fall, dass auch die weitere Stellvertretung die Präsidialfunktion im Rahmen des Verfahrens vor der Schätzungskommission nicht ausüben kann, sieht die VESchK jedoch keine Regelung vor. Auch die Anwendung der Art. 34-38 BGG, welche gemäss Art. 62 EntG und Art. 35 VESchK sinngemäss für die Beurteilung

des Ausstands der Präsidentin oder des Präsidenten, ihrer Stellvertreter, der Mitglieder sowie der Aktuarin herangezogen werden, führt zu keiner eindeutigen Lösung der Frage. Zwar bestimmt Art. 37 Abs. 3 BGG für den Fall der fehlenden Beschlussfähigkeit infolge Ausstands von so vielen Richtern und Richterinnen, dass der Präsident bzw. die Präsidentin des Bundesgerichts durch Los aus der Zahl der Obergerichtspräsidenten und –präsidentinnen der in der Sache nicht beteiligten Kantone ausserordentliche Richter bezeichnet. Soweit die Vorinstanz für den Entscheid über ein Ausstandsbegehren im Verfahren vor der Schätzungskommission daraus den Schluss zieht, dass dieser gerichtsintern an die übrigen – nicht durch das Bundesverwaltungsgericht gewählten – Mitglieder der Schätzungskommission übertragen werden könne, so kann ihr – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – nicht gefolgt werden.

Demnach weisen das EntG und die VESchK eine echte Lücke auf, welche vom Bundesverwaltungsgericht zu füllen ist. Ein qualifiziertes Schweigen scheidet aus, zumal eine offensichtliche Notwendigkeit zur Schliessung der Gesetzeslücke besteht.

1.4.4.3 Art. 11 VESchK bestimmt in Abs. 2 für das Verfahren vor der Präsidentin oder dem Präsidenten, dass die Präsidentin oder der Präsident das Bundesverwaltungsgericht um Ernennung einer ausserordentlichen Stellvertretung zu ersuchen hat, wenn sich beide Stellvertretungen im Ausstand befinden oder sie an der Geschäftsführung verhindert sind. Die Vertretung des Präsidenten darf somit allein einem vom Bundesverwaltungsgericht gewählten Stellvertreter übertragen werden. Dafür bestehen sachliche Gründe, da die ganze Tätigkeit der Schätzungskommission und ihres Präsidenten der Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts unterstellt ist (vgl. Art. 63 Abs. 1 EntG) und dieses damit am besten geeignet ist, die hierzu passenden Persönlichkeiten auszuwählen. Ferner werden die Wahlen dadurch der politischen Beeinflussung entzogen (vgl. BBl 1926 II 1, 5f.).

Ebenso sieht Art. 37 Abs. 1 VESchK für das Verfahren vor der Schätzungskommission – wie gesehen – vor, dass zur Behandlung des gegen die Präsidentin oder den Präsidenten gerichteten Ausstandsbegehrens – nebst der zwei Fachmitglieder – nur ihre bzw. seine Stellvertreter (i.S.v. Art. 59 Abs. 1 lit. a EntG) ermächtigt sind. Art. 37 Abs. 4 VESchK lässt sich sodann entnehmen, dass zur Behandlung des gegen ein Mitglied gerichteten Ausstandsgesuchs ein anderes von der Wahlbehörde bezeichnetes Mitglied einzuberufen ist (Art. 37 Abs. 4 VESchK). Nach dem klaren Willen des Ver-

ordnungsgebers sind die Mitglieder somit durch Mitglieder der gleichen Kategorie, d.h. derjenigen mit gleicher Wahlbehörde, zu ersetzen. Davon geht auch die Doktrin aus, welche daraus den Schluss zieht, dass die betreffenden Wahlbehörden notfalls Ersatzmitglieder ad hoc bzw. – für die Vertretung des Präsidenten – einen ausserordentlichen Stellvertreter zu bestimmen haben (vgl. HEINZ HESS/HEINRICH WEIBEL, Das Enteignungsrecht des Bundes, Kommentar, Bd. I, Bern 1986, Art. 62 Rz. 6 und 7). Dass der Verordnungsgeber in den genannten Bestimmungen die zulässigen Ersatzmitglieder bzw. Stellvertretungen explizit bezeichnete, deutet darauf hin, dass darüber hinaus keine anderen Personen zur Vertretung des Präsidenten bzw. der Mitglieder ermächtigt sein sollen, ansonsten zu erwarten gewesen wäre, dass dies vom Verordnungsgeber ausdrücklich in Art. 37 VESchK verankert worden wäre. Dementsprechend ist eine analoge Anwendung von Art. 37 Abs. 3 BGG – wie sie die Vorinstanz vornimmt – nicht angezeigt, zumal eine derartige Anwendung die Grundentscheidungen des Verordnungsgebers nicht respektiert.

Es ist nicht einsichtig, weshalb im Verfahren vor der Präsidentin oder dem Präsidenten im Falle eines Ausstands bzw. einer Verhinderung Letzterer sowie auch der Stellvertretungen das Bundesverwaltungsgericht als Aufsichtsbehörde zwecks Ernennung einer ausserordentlichen Stellvertretung anzurufen ist, im Verfahren vor der Schätzungskommission dagegen nicht. Vielmehr ist es naheliegend und gerechtfertigt, dass in beiden Verfahren eine ausserordentliche Stellvertretung bestimmt werden muss. Der entstandene Engpass lässt sich denn auch ohne Weiteres auf andere Weise als durch den Einsatz eines weiteren Fachmitglieds beheben, indem etwa ein Präsident bzw. Stellvertreter einer Schätzungskommission eines anderen Schätzungskreises zur Aushilfe herbeigezogen oder notfalls das ganze Verfahren einer anderen Schätzungskommission übertragen werden könnte. Jedenfalls wäre von der Vorinstanz zu erwarten gewesen, dass sie bei Vorliegen einer solchen ausserordentlichen Situation die Aufsichtsbehörde kontaktiert und sich bei ihr darüber erkundigt, wie in dieser Situation vorzugehen ist.

1.4.4.4 Zusammenfassend entspricht es somit am ehesten dem Willen des Verordnungsgebers, dass Art. 11 Abs. 2 VESchK analog auch auf das Verfahren vor der Schätzungskommission angewandt wird. Demnach hätte die Vorinstanz im vorliegenden Fall das Bundesverwaltungsgericht um Ernennung eines ausserordentlichen Stellvertreters ersuchen müssen. Die Be-

setzung der Schätzungskommission mit drei Fachmitgliedern verletzt daher den Anspruch der Beschwerdeführenden auf den verfassungsmässigen Richter gemäss Art. 30 Abs. 1 BV.

1.4.5 Der Anspruch auf ein gehörig besetztes Gericht ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels grundsätzlich zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (BGE 142 I 93 E. 8.3). Indes bildet eine solche Verletzung grundsätzlich keinen Nichtigkeitsgrund (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., 7. Aufl. 2016, Rz. 1112; GEROLD STEINMANN, a.a.O., Art. 30 BV Rz. 32). Die Frage der Nichtigkeit ist einzelfallweise danach zu beantworten, ob der Verfahrensfehler besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist (vgl. E. 1.4). Unter Berücksichtigung dieser sog. Evidenztheorie führt der vorliegende Verfahrensfehler entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden nicht zur Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung, zumal die anwendbaren Rechtsgrundlagen für die vorliegende Situation keine eindeutige Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage vorsehen und daher nicht gesagt werden kann, der Verfahrensfehler sei offensichtlich oder leicht erkennbar.

Es ist somit festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung ein zulässiges Anfechtungsobjekt bildet, das von einer Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG stammt; eine Ausnahme nach Art. 32 VGG ist nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.4.6 Allerdings stellt sich nun – da keine Nichtigkeit vorliegt – die Frage, ob auf die Rüge der Beschwerdeführenden aufgrund verspäteten Vorbringens – wie die Vorinstanz geltend macht – nicht einzutreten ist.

1.4.6.1 Für formelle Rügen gilt der Grundsatz, dass sie in einem späteren Prozessstadium nicht mehr vorgebracht werden können, soweit sie früher hätten geltend gemacht werden können (BGE 135 III 334 E. 2.2). Typischerweise sind – jeweils bei Verwirkungsfolgen – Ausstandsgründe unverzüglich nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorzubringen (BGE 132 II 485 E. 4.3; BGE 136 I 207 E. 3.4) und gerichtsorganisatorische Fragen frühstmöglich zu bereinigen (BGE 130 III 66 E. 4.3). Denn es wäre mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Rechtsmissbrauchsverbot nicht vereinbar, derartige Einwände bei ungünstigem Ausgang erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festge-

stellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Verfassungsbestimmung. Dies gilt auch, soweit eine Verletzung von Art. 6 EMRK gerügt wird (BGE 132 II 485 E. 4.3 m. H.). Nach dem Gesagten gilt der Grundsatz der Verwirkung bei nicht sofortiger Geltendmachung nicht nur für die erwähnten typischen Fallkonstellationen, sondern für formelle Rügen bzw. Verfahrensmängel generell (Urteil des BGer 5A_837/2012 vom 25. Juni 2013 E. 5 m. H.).

1.4.6.2 Den Beschwerdeführenden war bereits mit Kenntnisnahme der Verfügung vom 16. Juli 2018 (vgl. Sachverhalt E.) bekannt, welche Personen über ihr Ausstandsbegehren entscheiden werden. Zwar wurde ihnen keine Frist angesetzt, innert der sie Organmängel hätten anbringen sollen. Dadurch waren sie jedoch nicht daran gehindert, ihre Bedenken bezüglich der Zusammensetzung des Spruchkörpers vorzutragen. Vielmehr wäre es ihnen ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, ihre Einwände gegen die Besetzung des Spruchkörpers bereits nach Erhalt dieser Verfügung vorzubringen. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführenden durch einen Rechtsanwalt vertreten sind, welchem die Pflicht, derartige Beanstandungen umgehend vorzubringen, hätte bekannt sein müssen. Da sie dies unterlassen haben und erst mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht eine Verletzung ihres Anspruchs auf einen verfassungsmässigen Richter geltend machen, erweist sich ihre Rüge als verspätet.

Es ist somit festzuhalten, dass die formelle Rüge der Beschwerdeführenden betreffend die Zusammensetzung des Spruchkörpers zwar zutreffend ist, aber verspätet vorgebracht wurde und daher nicht zu berücksichtigen ist. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

1.5 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit – unter Vorbehalt der Rüge betreffend die Zusammensetzung des Spruchkörpers (vgl. E. 1.4.6.2) – einzutreten.

2.

Die Beschwerdegegnerin ersucht um Anpassung des Rubrums des vorliegenden Verfahrens. Aus den Akten ergibt sich, dass nicht die bisher in den Verfügungen des Bundesverwaltungsgerichts aufgeführte Swiss Life Intellectual Property Management AG, sondern die Swiss Life AG Eigentümerin der Liegenschaften ist, auf die sich das betreffende Schätzungsverfahren

Nr. (...) bezieht. Enteignete und damit Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren ist somit die Swiss Life AG, welche entsprechend im Rubrum des vorliegenden Urteils aufzuführen ist.

3.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechterheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

4.

Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie machen geltend, die Vorinstanz habe die von ihnen kritisierten Äusserungen des Vizepräsidenten inhaltlich nicht geprüft, sondern lediglich festgehalten, dass diese im Rahmen von Kostenbeschwerdeverfahren erfolgt und daher für die Frage des Vorliegens eines Ausstandsgrundes in Bezug auf die Schätzungsverfahren nicht relevant seien. Diese Rechtsauffassung der Vorinstanz sei jedoch unhaltbar, da es keine Rolle spiele, wo und in welchem Zusammenhang sich eine Gerichtsperson negativ über eine Partei äussere. Die Vorinstanz habe es daher zu Unrecht unterlassen, die Äusserungen einer materiellen Prüfung zu unterziehen und damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Dies führe zur Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung.

4.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist als selbständiges Grundrecht in Art. 29 Abs. 2 BV verankert und wird für das Verwaltungsverfahren in den Art. 29 ff. VwVG konkretisiert. Er umfasst unter anderem das Recht auf einen begründeten Entscheid, wonach der Entscheid so abgefasst sein muss, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Dies ist nur dann möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; Urteile des BVGer A-1232/2017 vom 31. Januar 2018 E. 2.6 und A-4026/2016 vom 7. März 2017 E. 3.1, mit weiteren Hinweisen; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 403 f.). Die verfügende Behörde muss

sich jedoch nicht ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für ihren Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken und in der Begründung bloss diejenigen Argumente aufführen, die ihrem Entscheid tatsächlich zugrunde liegen (vgl. BGE 141 III 28 E. 3.2.4, 138 I 232 E. 5.1; Urteile des BVGer A-5488/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 7.1.2 und A-6625/2014 vom 19. Mai 2016 E. 5.2.1, je m.w.H.).

Somit ist im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht in hinreichendem Mass nachgekommen ist.

4.2 In ihrer Verfügung vom 26. Oktober 2018 erwog die Vorinstanz, dass für die Beurteilung der Befangenheit des Vizepräsidenten zunächst zwischen den zwei Funktionen, die dieser wahrnehme, zu differenzieren sei. In den ihm zugewiesenen Schätzungsverfahren sei er rechtsprechend tätig, indem er beim Entscheid über das Vorliegen von Voraussetzungen der Entschädigungsberechtigung im Einzelfall mitwirke. Soweit er Aufgaben wahrnehme, die ihm aufgrund des Vergütungssystems für die Mitglieder der ESchK zufallen, sei er hingegen nicht rechtsprechend, sondern im Rahmen der Justizverwaltung tätig. Die von den Beschwerdeführenden kritisierten Äusserungen seien im Rahmen der vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Kostenbeschwerdeverfahren betreffend Rechnungsverfügungen der ESchK 10 erfolgt, in denen der Vizepräsident gerade keine richterliche Funktion wahrnehme. Vielmehr agiere er in diesen Verfahren nicht als unparteiische Person. Für die Beurteilung der Befangenheit sei deshalb einzig relevant, ob der Vizepräsident Äusserungen mit Bezug auf die von ihm geleiteten Schätzungsverfahren tätigte und ob diese den Anschein der Befangenheit erwecken würden. Solche seien indes aus den Stellungnahmen des Vizepräsidenten nicht ersichtlich. Die Vorinstanz kam daher zum Schluss, dass die im Rahmen der Kostenbeschwerdeverfahren erfolgten Äusserungen, welche keinen Konnex zu den Schätzungsverfahren hätten, für die Frage der Befangenheit bzw. für die Frage des Vorliegens eines Ausstandsgrundes nicht massgebend seien. Für die Beschwerdeführenden war somit ohne Weiteres nachvollziehbar, auf welche Argumente sich die Vorinstanz stützt und weshalb aus ihrer Sicht – ohne dass die Äusserungen inhaltlich noch geprüft werden müssten – das Ausstandsbegehren abzuweisen ist. Der ihr obliegenden Begründungspflicht hat die Vorinstanz damit Genüge getan. Ob die Begründung der Vorinstanz auch sachlich richtig ist, ist Gegenstand der materiellen Prüfung und bildet mithin keine Frage des rechtlichen Gehörs.

Selbst wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu bejahen wäre, so müsste diese als im Rechtsmittelverfahren geheilt betrachtet werden (statt vieler BGE 137 I 195 E. 2.3.2). Das Bundesverwaltungsgericht überprüft sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei. Die Vorinstanz äusserte sich in ihrer Vernehmlassung vom 21. Januar 2019 zu den kritisierten Aussagen des Vizepräsidenten und kam zum Schluss, dass diese nicht den Anschein von Befangenheit erwecken würden. Die Beschwerdeführenden erhielten sodann Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz würde deshalb zu einem formalistischen Leerlauf führen.

Im Ergebnis hat die Vorinstanz dem Ausstandsbegehren der Beschwerdeführenden zwar nicht entsprochen, ihnen aber gleichwohl das rechtliche Gehör gewährt. Die Rüge erweist sich damit als unbegründet.

5.

5.1 Zu prüfen bleibt, ob eine Ausstandspflicht des Vizepräsidenten der Vorinstanz besteht. Die Befangenheit des Vizepräsidenten gründet nach Ansicht der Beschwerdeführenden insbesondere in der vom Vizepräsidenten eingereichten Vernehmlassung vom 18. Mai 2018 in einem vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahren betreffend eine Rechnungsverfügung der ESchK 10. So würden unter anderem die folgenden stark wertenden, unwahren und unsachlichen Aussagen sein Unverständnis und seine negative Haltung gegenüber der Flughafen Zürich AG zum Ausdruck bringen (Hervorhebungen durch die Beschwerdeführenden):

"Die Aufsichtsdelegation ESchK musste schliesslich im Geschäftsbericht 2017 des Bundesverwaltungsgerichts einräumen, dass die Bemühungen zur Erreichung einer angemessenen Vergütung gescheitert sind. Für dieses Schreiben ist allein die Beschwerdeführerin verantwortlich. Einerseits weiss die Beschwerdeführerin, dass der von ihr behauptete Stundenansatz für Juristen unangemessen ist, und andererseits führt sie die vorliegende und andere Beschwerden, in der sie genau diesen unangemessenen Stundenansatz angewandt haben will. Solches Verhalten ist widersprüchlich und verdient keinen Rechtsschutz (Rz. 140 f., S. 26 f.)."

"Die ständigen Kostenbeschwerden bewirken, dass bereits eine ganze Zahl von Mitgliedern der Vorinstanz zurückgetreten ist. Zudem beanspruchen sie die Arbeitszeit der verbliebenen Mitglieder im erheblichen Mass. Tatsache ist, dass

die Beschwerdeführerin mit den ständigen Kostenbeschwerden keinen konstruktiven Beitrag zur Behebung der behaupteten Strukturprobleme leistet, sondern deren Lösung laufend torpediert. (...) (Rz. 142, S. 27)."

"Das beschriebene Verhalten der Beschwerdeführerin ist mutwillig: Welche Ziele die Beschwerdeführerin mit ihrem widersprüchlichen Verhalten verfolgt, hat sie bisher jedenfalls nicht offengelegt (Rz. 134 [recte: 143], S. 27)."

"Die Beschwerdeführerin legt eine bemerkenswerte Unverfrorenheit an den Tag, wenn sie den von ihr selber erstrittenen BGE 1E.3/2004 einzig unter Hinweis auf dessen Alter wegdiskutieren will (...) (Rz. 170, S. 28)."

Diese im Rahmen des Kostenbeschwerdeverfahrens getätigten Äusserungen – welche entgegen der Ansicht der Vorinstanz auch für das Schätzungsverfahren relevant seien – würden den Eindruck erwecken, als wären sie von einer anwaltschaftlich vertretenen Partei und nicht von einer gerichtlichen Instanz verfasst worden. Dafür würden die unberechtigten und unnötigen, polemischen Vorwürfe und persönlichen Angriffe an die Adresse der Flughafen Zürich AG zeugen. So erwecke insbesondere der Vorwurf des widersprüchlichen, unbelehrbaren und mutwilligen Verhaltens den Anschein der Befangenheit. Seine Ausführungen würden nicht nur die notwendige Distanz vermissen lassen, sondern – vor allem in Bezug auf den Stellenwert und die Tragweite von Eingaben und Argumenten der Flughafen Zürich AG – auf eine abschliessende Meinungsbildung des Vizepräsidenten hindeuten. Die Befangenheit werde sodann dadurch verdeutlicht, dass der Vizepräsident ein persönliches Interesse am Ausgang der Kostenbeschwerdeverfahren habe. Seine persönliche Betroffenheit und die damit im Zusammenhang stehende Ablehnung der Flughafen Zürich AG könne sich nicht einfach in Luft auflösen. Die Beschwerdeführenden würden es sich daher nicht mehr vorstellen können, das Enteignungsverfahren unter dem Vorsitz des Vizepräsidenten zu bestreiten.

5.2 Die Vorinstanz führt aus, dass selbst wenn die Unterscheidung zwischen justizverwaltender und richterlicher Tätigkeit für den Entscheid über die Befangenheit nicht relevant sei, so würden die kritisierten Äusserungen keinen Ausstandsgrund erfüllen. Einem Richter sei es nicht verwehrt, sich zum Verhalten einer Partei mit deutlichen, selbst pointierten Worten zu äussern, solange die Äusserung – wie vorliegend – nicht kränkend oder beleidigend sei. Vielmehr handle es sich um sachlich-kritische Äusserungen. Eine allgemein negative Haltung des Vizepräsidenten gegenüber der Flughafen Zürich AG sei nicht ersichtlich.

5.3

5.3.1 In Ausstandsfragen unterstehen die Präsidenten, ihre Stellvertreter und die Mitglieder der Schätzungskommission den für den Ausstand von Mitgliedern des Bundesgerichts aufgestellten Regeln (Art. 62 EntG). Nach Art. 34 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) treten Richterinnen und Richter sowie Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber (Gerichtspersonen) in den Ausstand, wenn sie an der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a), in einer anderen Stellung in der gleichen Sache tätig waren (Bst. b), mit Verfahrensbeteiligten in einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder dauernden Lebensgemeinschaft leben (Bst. c), mit diesen verwandt oder verschwägert sind (Bst. d) oder aus anderen Gründen (Bst. e) befangen sein könnten.

5.3.2 Die Beschwerdeführenden machen geltend, der Vizepräsident erwecke den Anschein der Befangenheit aus anderen Gründen gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG. Diese Bestimmung, wonach in den Ausstand zu treten hat, wer aus andern Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter bzw. ihrer Vertreterin, befangen sein könnte, hat die Funktion eines Auffangtatbestandes. Zum Schutze des Vertrauens der Rechtssuchenden in eine integre 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 äussern 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 (BGE 139 I 121 E. 5.1, BGE 138 I 1 E. 2.2, BGE 136 I 207 E. 3.1 je mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C_1124/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 423 ff.).

5.3.3 Der Anschein der Befangenheit kann durch unterschiedlichste Umstände und Gegebenheiten erweckt werden. Ein weiterer Ausstandsgrund kann insbesondere vorliegen, wenn der Entscheidträger vor oder während eines Prozesses Äusserungen abgibt, die den Schluss zulassen, dass sich

dieser bereits eine feste Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet hat (BGE 134 I 238 E. 2.1). Auch negative Äusserungen über eine Partei vermögen je nachdem die richterliche Unabhängigkeit in Frage zu stellen (vgl. BGE 127 I 196 E. 2d; ISABELLE HÄNER, in: Niggli/Jebersax/Wiprächtiger/Kneubühler (Hrsg.), Basler Kommentar BGG, 3. Aufl. 2018, Art. 34 Rz. 16; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.] Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2016 Art. 10 R. 94 m.w.H.). Vom Richter ist eine zurückhaltende Ausdrucksweise zu verlangen und er hat sich um die nötige Gelassenheit zu bemühen. Dieses Gebot hindert den Richter indes nicht daran, die Verfahrensführung der Beteiligten kritisch zu würdigen; derartige Bemerkungen können sogar erforderlich sein, um Verfahrensmisbräuche zu verhindern (Urteil des BGer 1P.687/2005 vom 9. Januar 2006 E. 7.2 m.w.H.). Problematisch sind insbesondere kränkende oder beleidigende Werturteile, die Persönlichkeitsmerkmale der Parteien wie Aussehen, Geschlecht, Herkunft, Rasse, religiöse Zugehörigkeit oder sexuelle Orientierung betreffen und eine persönliche Abneigung oder Geringschätzung zum Ausdruck bringen. Bloss ungeschickte oder unhöfliche Äusserungen, verbale Entgleisungen oder Ungehaltenheit vermögen hingegen grundsätzlich keine Befangenheit zu begründen (Urteil des BGer 1B_214/2016 vom 28. Juli 2016 E. 3.4; BGE 127 I 196 E. 2d; REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 101 f.). Zu berücksichtigen ist sodann, dass im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege Ausstandsbegehren nicht leicht hin gutzuheissen sind (BGE 127 I 196 E. 2d).

5.3.4 Zunächst gilt es vorliegend festzuhalten, dass der Vorinstanz nicht gefolgt werden kann, wenn sie die Äusserungen ihres Vizepräsidenten mit seiner – ihrer Ansicht nach – nicht rechtsprechenden, sondern justizverwaltenden Tätigkeit in den Kostenbeschwerdeverfahren zu rechtfertigen versucht. Die Einreichung einer Vernehmlassung in einem Rechtsmittelverfahren, stellt – wie die Beschwerdeführenden zutreffend ausführen – keine justizverwaltende Tätigkeit dar. Indem sich der Vizepräsident in seiner Vernehmlassung vom 18. Mai 2018 zu den Einwänden der Flughafen Zürich AG gegen die Rechtsprechung seiner Schätzungskommission zur Auflage und Höhe von Verfahrenskosten äussert, handelt er vielmehr im Rahmen seiner rechtsprechenden Tätigkeit. Auch wenn es dabei um Fragen betreffend die angemessene Vergütung der Arbeit seiner Kommissionsmitglieder geht, so darf von ihm – als richterliches Mitglied einer eidgenössischen Schätzungskommission – auch in diesem Fall die nötige professionelle Distanz und dementsprechend eine zurückhaltende und sachliche Ausdrucks-

weise verlangt werden. Ohnehin kommt es – und insoweit ist den Beschwerdeführenden ebenfalls zuzustimmen – für die Beurteilung der Befangenheit nicht darauf an, bei welcher Gelegenheit und in welchem Zusammenhang sich eine Gerichtsperson negativ über eine Verfahrenspartei äussert, wenn dadurch generell eine negative Einstellung der Gerichtsperson gegenüber der Verfahrenspartei zum Ausdruck kommt und die unbefangene Entscheidungsfindung in Frage gestellt wird.

5.3.5 Wesentlich ist im vorliegenden Fall, dass sich die kritisierten Äusserungen des Vizepräsidenten (wie etwa die Kritik der "ständigen Kostenbeschwerden", der "sich wiederholende Schreiben an Ihr Gericht" sowie die Vorwürfe des "mutwilligen" und "widersprüchlichen" Verhaltens) auf die Verfahrensführung der Flughafen Zürich AG im Rahmen der Kostenbeschwerdeverfahren sowie auf die von ihr in diesem Zusammenhang vertretenen Standpunkte beziehen. Damit hat der Vizepräsident seinem Missfallen über die diversen Beschwerden der Flughafen Zürich AG gegen die Kostenverfügungen seiner Schätzungskommission Ausdruck gegeben. Solche wertenden Äusserungen über die Verfahrensführung und über die Standpunkte einer Partei sind indes nicht gleichzusetzen mit der Wertung ihrer Person. Eine gewisse Kritik darf in dieser Hinsicht geübt werden und eine Geringschätzung oder Abneigung gegen die Person der Flughafen Zürich AG wird damit nicht schlechthin zum Ausdruck gebracht. Zwar ist zu beanstanden, dass die Äusserungen die notwendige Zurückhaltung und Gelassenheit (vgl. E. 5.3.3) vermissen lassen und über das sachlich Notwendige hinausgehen. Zudem bewegen sich die Aussagen, die Flughafen Zürich AG lege "eine bemerkenswerte Unverfrorenheit an den Tag (...)" und verhalte sich "mutwillig" nahe an der Grenze einer unzulässigen wertenden Bemerkung. Von sehr stark wertenden oder gar beleidigenden Aussagen, aus denen eine ausstandsbegründende Antipathie des Vizepräsidenten gegenüber der Flughafen Zürich AG abgeleitet werden könnte, kann jedoch nicht gesprochen werden. Aus den Äusserungen ergibt sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden nicht, dass der Vizepräsident generell in Bezug auf sämtliche ihrer Eingaben und Anliegen voreingenommen wäre und sich bereits eine abschliessende Meinung gebildet hätte. Die Aussagen des Vizepräsidenten sind daher – wenngleich sie zweifellos unnötig und unangebracht sind – nach objektiven Gesichtspunkten nicht geeignet, dessen Befangenheit zu begründen und den Ausgang der Schätzungsverfahren als von vornherein nicht mehr offen erscheinen zu lassen. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

6.

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

6.1 Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht, einschliesslich einer Parteientschädigung an den Enteigneten, trägt 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 (Art. 116 Abs. 1 EntG). Art. 116 Abs. 1 EntG liegt die Überlegung zugrunde, dass ein Enteigneter wider seinen Willen in ein Enteignungsverfahren einbezogen wird und es sich aus diesem Grund rechtfertigt, ihn nicht mit den daraus folgenden Kosten zu belasten (BGE 124 II 219 E. 10b, Urteil des BGer 1C_440/2012 vom 27. August 2013 E. 5).

6.2 Auch wenn das vorliegende Verfahren im Zusammenhang mit einem Enteignungsfall steht, betrifft es ausschliesslich die Frage, ob der Vizepräsident in den Ausstand zu treten hat. Der Grundgedanke von Art. 116 Abs. 1 EntG kann in einem solchen Verfahren, welches keinen enteignungsrechtlichen Charakter aufweist, nicht zum Tragen kommen. Zudem ist die Enteignete vorliegend auf ihr Gesuch hin und damit nicht gegen ihren Willen in das Verfahren einbezogen worden. Eine Kostenverteilung gestützt auf Art. 116 Abs. 1 EntG rechtfertigt sich deshalb nicht. Stattdessen ist nach den Kostenbestimmungen des VwVG vorzugehen.

6.3 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Kosten wären damit den Beschwerdeführenden aufzuerlegen. Es rechtfertigt sich indessen, in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 Satz 3 VwVG bzw. Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) von einer solchen Kostenaufgabe abzusehen. Auch wenn die Beschwerdeführenden mit ihrer Beschwerde nicht durchgedrungen sind, war es vertretbar, vorliegend ein Ausstandsbegehren zu stellen bzw. gegen dessen Ablehnung Beschwerde zu führen, zumal sich gewisse Aussagen des Vizepräsidenten an der Grenze einer unzulässigen Bemerkung bewegen. Der von den Beschwerdeführenden geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.– ist ihnen somit nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Die Beschwerdegegnerin hat keine Anträge gestellt, weshalb sie weder als unterliegende noch als obsiegende Partei betrachtet werden kann. Folglich hat sie keine Kosten zu tragen und keinen

Anspruch auf eine Parteientschädigung. Schliesslich haben auch die unterliegenden Beschwerdeführenden keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– wird den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- die Aufsichtsdelegation ESchK

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Pascale Schlosser

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 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 (Art. 42 BGG).

Versand: