

# **AR\_GERICHTE OG O4V-19-40 vom 27. Februar 2020**

AR Gerichte, 2020-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG\\_O4V-19-40](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O4V-19-40)

FR: AR\_GERICHTE OG O4V-19-40 du 27 février 2020

IT: AR\_GERICHTE OG O4V-19-40 del 27 febbraio 2020

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 4. Abteilung Urteil vom 27. Februar 2020  
Mitwirkende Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch  
Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D

## **Erwägungen**

### **E. 0001**

und 0002 ist er in schutzwürdigen eigenen tatsächlichen und rechtlichen Interessen besonders berührt und daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 59 i. V. m. Art. 32 Abs. 1 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.1**

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) generell zur Behandlung von Beschwerden gegen verwaltungsinterne letztinstanzliche Verfügungen zuständig ist. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Rekursentscheids formell beschwert. Als Eigentümer der von der Planungszone betroffenen Parzellen Nrn.

### **E. 1.2**

Die Kognition des Obergerichts gemäss Art. 56 Abs. 1 VRPG ist auf die Rechtskontrolle einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens beschränkt. Zudem kann die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Eine Ermessenskontrolle ist dem Obergericht im Zusammenhang mit raumplanerischen Akten dagegen verwehrt (Art. 56 Abs. 2 VRPG).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer beantragt die Durchführung eines Augenscheins. Der Entscheid, ob ein solcher angeordnet wird, steht im pflichtgemässen Ermessen der mit der Sache befassten Behörde. Eine Pflicht zur Durchführung eines Augenscheins besteht nur dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht ermittelt werden können (Urteil des Bundesgerichts 1C\_192 vom 8. November 2010 E. 3.3). Ein Augenschein ist dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen an Ort und Stelle Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlage des Rechtstreits beizutragen. Der Verzicht auf die Durchführung eines Augenscheins ist zulässig, wenn die Akten eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen (KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N 79 zu § 7 VRG).

Im vorliegenden Fall ergeben sich die die entscheiderelevanten tatsächlichen Umstände aus den zur Verfügung stehenden Akten. Aus den Planunterlagen sind die massgebenden Verhältnisse ohne weiteres erkennbar. Deshalb lassen sich die Fragen, welche die vorliegende Angelegenheit aufwirft, ohne den beantragten Augenschein beantworten, zumal es sich dabei weitgehend um Rechtsfragen handelt und der Beschwerdeführer nicht substantiiert, weshalb zusätzlich ein Augenschein für die Ermittlung des Sachverhalts notwendig sein soll. Die Durchführung eines Augenscheins erübrigt sich deshalb. Seite 5

## **E. 2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird gestützt auf den auch für die Privaten geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Ausstandsgrund so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Wer zunächst stillschweigend den Abschluss des Verfahrens abwartet und erst dann auf dem Rechtsmittelweg gegen den Entscheid interveniert, wenn dieser zu seinen Ungunsten ausgefallen ist, verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Die Rüge der verletzten Ausstandsbestimmung ist dann im Rechtsmittelverfahren gegen den Entscheid selbst nicht zugelassen (BGE 134 I 20 E. 4.3.1; 132 II 485 E. 4.3). Jedoch muss die Verfahrenspartei überhaupt erst in die Lage versetzt werden, ihre Rügeobliegenheit wahrzunehmen. Erhält eine Partei trotz aller Sorgfalt erst anlässlich der Eröffnung einer Anordnung Kenntnis von Umständen, die ein Ausstandsbegehren als begründet erscheinen lassen, darf sie die Verletzung von Art. 8 VRPG gleich wie alle anderen Verfahrensrügen ohne Rechtsnachteil auch noch im anschliessenden Rechtsmittelverfahren geltend machen (REGINA KIENER, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich,

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass das Ausstandsbegehren nicht unverzüglich gestellt worden sei. Unverzüglich bedeute nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Geltendmachen des Anspruchs binnen maximal sechs bis sieben Tagen nach Kenntnisnahme des Ausstandsgrunds. Es hätte am Beschwerdeführer gelegen, das Ausstandsbegehren nicht bis zum letzten Tag der Rekursfrist hinauszuzögern, sondern unverzüglich zu stellen.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer bzw. sein Rechtsvertreter macht dagegen geltend, dass ihm erst bei den Abklärungen für die Ausarbeitung der Rekurschrift bewusst geworden sei, in welchem Ausmass der Gemeinderat B. \_\_\_\_\_ mit der D. \_\_\_\_\_ verbunden sei. Vom Beschwerdeführer könne nicht verlangt werden, dass er sämtliche Zeitungsmeldungen über Wahlen in private Gesellschaften im Kopf habe, auch wenn in der Zeitung ein entsprechender Artikel erschienen sei. Der Beschwerdeführer habe die Ausstandsrüge unverzüglich nach Kenntnis geltend gemacht. Für die Missachtung von Ausstandsgründen gelte keine verkürzte Rekursfrist.

Seite 6

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz hält fest, dass der Einwand betreffend Ausstandspflicht von Gemeindepräsident C. \_\_\_\_\_ verspätet erfolgt sei, nachdem die Wahl zum Verwaltungsrat der D.

\_\_\_\_\_ bereits am XX.XX.2018 bekannt gewesen sei.

#### **E. 2.4**

Die Geltendmachung von Ausstandsgründen setzt die Kenntnis der personellen Zusammensetzung der Behörde voraus. Dazu gilt es festzuhalten, dass sich aus den allgemein zugänglichen Quellen (Staatskalender oder Internet) entnehmen lässt, dass C. \_\_\_\_\_ als Gemeindepräsident amtiert. Zudem ergibt sich aus seiner Unterschrift, dass dieser bereits am Gemeinderatsbeschluss vom 3. April 2018 (act. 9/8.2d) betreffend Erlass der Planungszone mitgewirkt hat. Nach der Rechtsprechung müssen die Parteien damit rechnen, dass ein Gericht in seiner ordentlichen Besetzung tagen wird (BGE 139 III 120 E. 3.2.1), was analog auch für Verwaltungsbehörden gelten muss. Damit musste der Beschwerdeführer bzw. dessen Anwalt ernsthaft davon ausgehen, dass C. \_\_\_\_\_ beim Einspracheentscheid vom 29. August 2018 (act. 9/1.1) mitwirken würde.

#### **E. 2.5**

Massgebend ist im vorliegenden Fall jedoch, wann der Beschwerdeführer bzw. dessen Rechtsanwalt vom Verwaltungsratsmandat von C. \_\_\_\_\_ Kenntnis erlangt hat oder bei aller Sorgfalt hätte Kenntnis erlangen können. Dabei fällt auf, dass dessen Mitgliedschaft im Verwaltungsrat bis heute nicht im ohne Weiteres zugänglichen Handelsregister eingetragen ist, was dem Beschwerdeführer insofern nicht entgegengehalten werden kann. Dieser konnte nicht damit rechnen, dass die Verwaltungsratsmitglieder im Handelsregister nicht vollständig eingetragen sind, zumal darin auch die nicht zeichnungsberechtigten Verwaltungsräte aufgeführt werden. Gemäss dem im Recht liegenden Internetausdruck informierte das St. Galler Tagblatt zwar über die Wahl bereits am XX.XX.2018 (act. 9/1.2.7). Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor, dass dem Beschwerdeführer diese Meldung bereits im Einspracheverfahren bekannt war, wobei von ihm effektiv nicht verlangt werden kann, über sämtliche Ereignisse in B. \_\_\_\_\_ informiert zu sein. Im Titel des entsprechenden Online-Artikels fällt die Wahl von C. \_\_\_\_\_ zudem nicht ohne Weiteres ins Auge, stösst man doch erst darauf, wenn man den Artikel herunterscrollt. Mangels anderer Hinweise durfte der Beschwerdeführer aufgrund des Handelsregisterauszugs und der Publizitätsfunktion des Handelsregisters (Art. 1 der Handelsregisterverordnung, HRegV, SR 221.411) im Einspracheverfahren darauf vertrauen, dass der Gemeindepräsident nicht als Organ der D. \_\_\_\_\_ tätig ist. Da somit nicht erwiesen ist, dass dem Beschwerdeführer die Wahl von C. \_\_\_\_\_ bereits im Einspracheverfahren bekannt war und dies von den Vorinstanzen auch nicht substantiiert wird, liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor, welche auf eine verspätete Geltendmachung des Ausstandsgrunds im Rekursverfahren schliessen lassen. Damit durfte der Beschwerdeführer den Ausstandsgrund gleich wie alle Seite 7 anderen Verfahrensrügen ohne Rechtsnachteil auch noch im Rekursverfahren geltend machen (REGINA KIENER, a.a.O., N 43 zu § 5a VRG).

#### **E. 3**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 8 VRPG konkretisiert die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV, indem der Ausstand im kantonalen Verwaltungsverfahren geregelt wird. Nach Art. 8 Abs. 1 VRPG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, die mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (lit. a);

bereits am Vorentscheid mitgewirkt haben (lit. b); sich mit der Sache als Partei-vertreter bereits beschäftigt haben (lit. c); sie in Sachen einer juristischen Person am Ergebnis erheblich interessiert sind (lit. d) oder sie aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (lit. e).

Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, welche auf einen Entscheid in irgendeiner Form einwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können, sei es beratend oder instruierend (BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, S. 74). Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gewährleistet sein (BGE 127 I 196 E. 2b; 119 V 456 E. 5b). Tatsächliche Befangenheit wird für den Ausstand nicht verlangt; es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung des Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (Urteil des Bundesgerichts 1B\_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3).

### **E. 3.1**

Haben Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde ein öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft, so kann der Körperschaft nach Art. 762 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionärin ist (Abs. 1). Bei solchen Gesellschaften sowie bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aktionär beteiligt ist, steht das Recht zur Abberufung der von ihr abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle nur ihr selbst zu Seite 8 (Abs. 2). Die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung gewählten (Abs. 3). Für die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder haftet die Körperschaft der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone (Abs. 4).

Es gibt auch die Möglichkeit, bei welcher der Interessenvertreter des Staats nicht nach Art. 762 OR abgeordnet, sondern von der Generalversammlung gewählt wird und daher von dieser auch jederzeit wieder abberufen werden kann. Dies führt zu einem institutionell bedingten Abhängigkeitsverhältnis desselben gegenüber der Generalversammlung und gegenüber allen Aktionären und kann auch haftungsrechtliche Konsequenzen haben. Die Verfolgung öffentlicher Interessen steht bei diesen Unternehmen typischerweise neben dem Erzielen einer möglichst hohen Rendite. Zwischen dem Interesse des Gemeinwesens und dem Interesse des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens besteht dann nicht zwingend Parallelität (vgl. dazu BENJAMIN SCHINDLER, a.a.O., S. 176 f.).

Laut Art. 717 Abs. 1 OR erfüllen die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt und wahren die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen (Sorgfalts- und Treuepflicht) Das Gesellschaftsinteresse geht nach allgemeinem Verständnis dahin, den

Wert der Aktiengesellschaft und damit den Wert der Beteiligung der Aktionäre zu steigern. Damit ist grundsätzlich eine Gewinnmaximierung gemeint (WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar, OR II, 5. Aufl. 2016, N 37 f. zu Art. 717 OR). Im Konfliktfall ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die Sonderinteressen des Unternehmens zu verfolgen. Die Vertreter des Gemeinwesens dürfen nicht als kompromisslose Vertreter der öffentlichen Interessen angesehen werden (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00694 vom 8. Mai 2013 E. 4.4.4).

Die neuere Lehre und Rechtsprechung unterscheidet zwischen Vertretern des Gemeinwesens im Verwaltungsrat, die durch die Generalversammlung gewählt und solchen, die gemäss Art. 762 OR abgeordnet wurden. Dabei wird angenommen, dass dem nach Art. 762 OR abgeordneten Verwaltungsratsmitglied faktisch erlaubt wäre, die Interessen des Gemeinwesens kompromisslos zu verfolgen, selbst wenn dadurch dem Gesellschaftsinteresse zuwidergelaufen wird. Falls jedoch das Behördenmitglied von der Generalversammlung in eine Organfunktion gewählt wurde, kann es nicht mehr als unbefangen gelten und muss in allen Verwaltungsverfahren, welche die Gesellschaft betreffen, zwingend in den Ausstand treten (ZBI 115/2014 S. 347, 363; BENJAMIN SCHINDLER, a.a.O., S. 178; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00694 vom 8. Mai 2013 E. 4.4.4). Seite 9

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz vertritt in Erwägung 5 des angefochtenen Entscheids die Auffassung, dass gemäss dem Handelsregisterauszug Gemeindepräsident C. \_\_\_\_\_ kein formelles Organ der D. \_\_\_\_\_ sei, weshalb sich kein Ausstandsgrund ergebe.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Parzellen Nrn. 0003, 0004, 0005 und 0006, welche am Bauzonenrand lägen und der D. \_\_\_\_\_ gehörten, nicht in den Perimeter der Planungszone aufgenommen worden seien. An der D. \_\_\_\_\_ sei die Gemeinde B. \_\_\_\_\_ als Aktionärin zumindest beteiligt. An der letztjährigen Generalversammlung sei Gemeindepräsident C. \_\_\_\_\_ in den Verwaltungsrat gewählt worden. Präsiert werde der Verwaltungsrat von Alt-Gemeindepräsident E. \_\_\_\_\_. Aus dem Beschwerdeführer nicht bekannten Gründen sei Gemeindepräsident C. \_\_\_\_\_ nicht als Mitglied des Verwaltungsrats ins Handelsregister eingetragen worden. Obwohl die Frage, ob und warum über die Grundstücke Nrn. 0003, 0004, 0005 und 0006 zu Unrecht keine Planungszone verfügt worden sei, im Einspracheverfahren von erheblicher Bedeutung gewesen sei, sei C. \_\_\_\_\_ als gewähltes Verwaltungsratsmitglied im Einspracheverfahren nicht in den Ausstand getreten, sondern habe den Einspracheentscheid sogar noch unterzeichnet. Nur wenn alle anderen Grundstücke, über welche eine Planungszone verfügt worden sei, ausgezont würden, könnten die Parzellen Nrn. 0003, 0004, 0005 und 0006 in der Bauzone verbleiben. Ansonsten drohten dieser Gesellschaft massive finanzielle Verluste, allenfalls sogar der Konkurs. Behördenmitglieder hätten auch bei einer sachbedingten Kumulation verschiedener Aufgaben die Ausstandspflichten zu beachten. Die Art und der Umfang des persönlichen Interesses von C. \_\_\_\_\_ könne nicht beurteilt werden, ein solches Interesse erscheine jedoch naheliegend. Die Meldung im St. Galler Tagblatt über C. \_\_\_\_\_ Wahl in den Verwaltungsrat sei allein geeignet, den Anschein von Befangenheit zu begründen. In der Folge habe Gemeinderat F. \_\_\_\_\_ das Grundstück Nr. 0007 angrenzend an die Parzellen Nrn. 0003, 0004, 0005 und 0006 im Gebiet, welches der Gemeinderat B. \_\_\_\_\_ für bauliche Weiterentwicklung vorgesehen und deshalb nicht mit einer Planungszone belegt

habe, gekauft. Weil C. \_\_\_\_\_ als Mitglied des Verwaltungsrats einer privaten Immobiliengesellschaft beim Einspracheentscheid mitgewirkt habe, habe auch ein privates Interesse von ihm bestanden. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der D. \_\_\_\_\_ um ein öffentliches oder gemischtwirtschaftliches Unternehmen handle. Damit vertrete C. \_\_\_\_\_ keine öffentlichen Interessen.

### **E. 3.4**

Die Vorvorinstanz hält dagegen fest, dass sich das von Vize-Gemeindepräsident F. \_\_\_\_\_ erworbene Grundstück Nr. 0007 in einer Nichtbauzone befinde, weshalb sich dafür die Frage einer Planungszone ohnehin nicht stelle. Zudem bestehe kein Zusammenhang zwischen dem Erlass der Planungszone auf dem Grundstück des Beschwerdeführers und den zentrumsnahen Grundstücken im Dorfzentrum. Eine wesentliche raumplanerische Zielsetzung der anstehenden Revision der Ortsplanung liege unter anderem auch darin, die bestehenden grösseren und zusammenhängenden Siedlungsbereiche „G. \_\_\_\_\_“, „H. \_\_\_\_\_“, „I. \_\_\_\_\_“ und „J. \_\_\_\_\_“ zu fördern und die Siedlungsentwicklung in diesen Fraktionen vermehrt nach innen zu lenken. Massgebend für den Erlass der Planungszone sei die Frage, ob für ein Grundstück bzw. Grundstücksbereich im Hinblick auf eine allfällige Zuweisung zum Nichtbaugebiet eine sichernde Massnahme erforderlich sei. Bei den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Grundstücken handle es sich um die einzige, grössere und zusammenhängende Fläche, welche mitten im Ortszentrum „G. \_\_\_\_\_“ liege, sich für eine Zentrumsentwicklung in B. \_\_\_\_\_ eigne und dafür auch vorgesehen sei. Es entspreche der politischen und raumplanerischen Zielsetzung, die bestehenden Ortskerne zu fördern und die Siedlungsentwicklung in diesen Fraktionen nach innen zu lenken. Dass sich die Gemeinde B. \_\_\_\_\_ an der D. \_\_\_\_\_ beteiligt habe und der jeweilige Gemeindepräsident auch Mitglied des Verwaltungsrats sei, sei Bestandteil dieser Innenentwicklungsstrategie und bezwecke insbesondere die Förderung von sinnvollen Bebauungen. Dies ergebe sich aus Art. 2 Abs. 2 der Statuten. Dass in diesem Zusammenhang auch Überlegungen zu öffentlichen Bauten im Dorfzentrum erfolgten, unterstütze diese raumplanerische Zielsetzung. Mit diesem Vorgehen könne die räumliche Entwicklung im Sinne einer aktiven Bodenpolitik unterstützt und mitgestaltet werden, was einen wesentlichen Schlüsselfaktor der Innenentwicklung darstelle.

### **E. 3.5**

Vorab gilt es festzuhalten, dass der Umstand, dass C. \_\_\_\_\_ nicht als Mitglied des Verwaltungsrats im Handelsregister eingetragen ist, nichts an dessen Wahl ändert, da ein entsprechender Eintrag für das Verwaltungsratsmandat nicht konstitutiv ist. Dazu kommt, dass dessen Mandat von der Vorvorinstanz in den Vernehmlassungen nicht bestritten, sondern vielmehr anerkannt wurde.

Gemäss Art. 1 der Statuten (act. 11) besteht unter der Firma D. \_\_\_\_\_ eine Aktiengesellschaft von unbeschränkter Dauer mit Sitz in B. \_\_\_\_\_. Nach Art. 2 der Statuten bezweckt die D. \_\_\_\_\_ vor allem die Erschliessung von Bauland zu Industrie-, Gewerbe- und Wohnzwecken. Mit der Schaffung eines flüssigen Baulandmarkts will sie dazu beitragen, den Trend der rückläufigen Bevölkerungsentwicklung aufzuhalten. Die Gesellschaft kann zu diesem Zweck Liegenschaften und Bauland erwerben, erschliessen und verkaufen oder im Baurecht abgeben. Sofern es im Interesse der Gemeinde liegt, kann die Gesellschaft Bauten erstellen, erwerben, renovieren, umbauen, verkaufen, verpachten oder vermieten. Sie kann andere Aktivitäten zugunsten der Gemeinde fördern oder selber be-

treiben. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen errichten, sich an anderen Unternehmungen des Inlandes beteiligen, gleichartige oder verwandte Unternehmen gründen, erwerben oder sich mit solchen zusammenschliessen, sowie alle Geschäfte Seite 11 eingehen und Verträge abschliessen, die der Zwecke der Gesellschaft mit sich bringen kann. Diese Zweckbestimmung deckt sich zwar unbestrittenermassen teilweise mit den Interessen der Gemeinde, was jedoch nichts daran ändert, dass die D. \_\_\_\_\_ gewinnorientiert ist und nicht aktenkundig ist, dass es sich dabei um eine öffentliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmung nach Art. 762 OR handelt. Die Statuten sehen insbesondere nicht vor, dass Mitglieder des Verwaltungsrats zwingend dem Gemeinderat angehören müssen, womit der Gemeinde B. \_\_\_\_\_ in den Statuten kein direktes Entsende- und Abberufungsrecht eingeräumt wird (vgl. dazu Art. 18 ff. der Statuten). Somit besteht kein Anspruch der Gemeinde B. \_\_\_\_\_ auf Vertretung im Verwaltungsrat, woran auch der Umstand nichts ändert, ob die Gemeinde Aktionärin ist oder nicht (WERNLI/RIZZI in: Basler Kommentar, OR II, 5. Aufl. 2016, N 13 zu Art. 762 OR). Bei der D. \_\_\_\_\_ handelt es sich daher um eine eigenständige private Aktiengesellschaft, welche als Wirtschaftsteilnehmerin primär ihren gewinnstrebigsten statutarischen Zweck verfolgt. Damit kann nicht gesagt werden, dass Gemeindepräsident C. \_\_\_\_\_ als Verwaltungsratsmitglied nur öffentliche Interessen wahrnimmt. Da er von der Generalversammlung in eine Organfunktion gewählt und nicht von der Gemeinde im Sinne von Art. 762 OR dazu abgeordnet wurde, muss er im Lichte der oben genannten Lehre und Rechtsprechung in Verwaltungsverfahren, welche die D. \_\_\_\_\_ betreffen, in den Ausstand treten.

### **E. 3.6**

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die D. \_\_\_\_\_ ein erhebliches Interesse daran hat, dass ihre Parzellen nicht in die Planungszone aufgenommen werden. Zwischen C. \_\_\_\_\_ und dem Streitgegenstand bestehen zwei besondere Beziehungen; einerseits ist C. \_\_\_\_\_ Mitglied des Verwaltungsrats der D. \_\_\_\_\_, welche ein Interesse daran hat, dass ihre Parzellen in der Bauzone verbleiben und damit nicht in die Planungszone aufgenommen werden, und andererseits gehört C. \_\_\_\_\_ diesem Verwaltungsrat als Vertreter jener Gemeinde an, welche die umstrittene Planungszone erlassen hat. In der Einsprache vom 30. Mai 2018 (act. 9/8/2.2) liess der Beschwerdeführer in Ziff. 14 f. konkret beanstanden, dass die Parzellen Nrn. 0004 und 0005 der D. \_\_\_\_\_ nicht in die Planungszone aufgenommen worden seien. Damit war offensichtlich, dass sich der Gemeinderat im Einspracheentscheid mit dieser Frage beschäftigen musste, auch wenn die D. \_\_\_\_\_ nicht direkt verfahrensbeteiligt ist. In E. 4 des Einspracheentscheids (act. 9/1.1) wird denn auch der fehlende Einbezug der Parzellen Nrn. 0004 und 0005 in die Planungszone thematisiert. Damit hätte von Amtes wegen jegliche Mitwirkung von C. \_\_\_\_\_ im Einspracheverfahren vermieden werden müssen. Wie die Vorvorinstanz zutreffend festhält, gilt dies jedoch nicht für Vize-Gemeindepräsident F. \_\_\_\_\_, da sich sein erworbenes Grundstück Nr. 0007 in einer Nichtbauzone befindet, welches somit nicht Bestandteil der strittigen Planungszone bilden kann.

Seite 12

### **E. 3.7**

Unter den gegebenen Umständen erscheint Gemeindepräsident C. \_\_\_\_\_ im vorliegenden Fall als persönlich befangen im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. d VRPG. Er hätte daher im Einspracheverfahren in den Ausstand treten müssen und nicht am Einspracheentscheid

vom XX.XX.2018 mitwirken dürfen.

#### **E. 4**

Der Anspruch auf Unbefangenheit ist formeller Natur. Das bedeutet, dass ein unter Verletzung von Ausstandsbestimmungen ergangener Entscheid auch dann aufzuheben ist, wenn er inhaltlich nicht fehlerhaft ist. Ungeachtet der Schwere der Amtspflichtverletzung müssen Amtshandlungen, die unter Verletzung von Ausstandsvorschriften ergangen sind, wiederholt werden. Für geringfügige Verstösse, von denen angenommen werden kann, sie hätten sich auf das Prozessergebnis nicht ausgewirkt, geht die Praxis von einer Heilungsmöglichkeit durch die Rechtsmittelinstanz aus, wenn dieser hinsichtlich des Streitgegenstands die gleiche Kognition wie der Vorinstanz zusteht (REGINA KIENER, a.a.O., N 53 zu § 5a VRG). Vorliegend kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich der Verfahrensfehler auf den Einspracheentscheid in der Sache ausgewirkt hat. Die Kognition des Obergerichts ist zudem insofern beschränkt, als dass dieses keine Ermessenskontrolle ausüben darf (Art. 56 Abs. 1 VRPG) und die Planungsbehörden in Planungssachen über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügen (Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Raumplanung, Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700). Daher sind der Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 5. August 2019 und der Einspracheentscheid des Gemeinderats B. \_\_\_\_\_ vom XX.XX.2019 aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid im Ausstand von C. \_\_\_\_\_ an den Gemeinderat B. \_\_\_\_\_ zurückzuweisen.

#### **E. 5**

Wer eine Amtshandlung verlangt oder veranlasst, hat die Verfahrenskosten zu entrichten (Art. 59 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 VRPG). Kostenmindernd ist zu berücksichtigen, dass das Obergericht in den drei den gleichen Sachverhalt betreffenden Parallelverfahren zum selben Ergebnis gelangt, womit sich der Aufwand reduzieren liess. In Anwendung von Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (bGS 233.2) wird die reduzierte Entscheidgebühr für die vier Verfahren auf insgesamt Fr. 4'000.00 und damit auf je Fr. 1'000.00 festgesetzt. Diese wird je zur Hälfte der Vorinstanz und der Vorvorinstanz aufgelegt, wobei in Anwendung von Art. 59 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung zu verzichten ist. Die Gerichtskasse ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer den Kostenvorschuss von Fr. 2'500.00 zurückzuerstatten.

#### **E. 6**

Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für ihre notwendigen Kosten und Auslagen. Die Parteientschädigung geht zu Lasten der unterliegenden Partei. Aus Billigkeitsgründen kann sie auch der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt werden (Art. 59 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 VRPG). Ausgangsgemäss Seite 13 ist dem Entschädigungsbegehren des Beschwerdeführers im Beschwerdeverfahren zu entsprechen. Die Entschädigung setzt sich zusammen aus einem Honorar und den Barauslagen; die Mehrwertsteuer wird als Zuschlag in Rechnung gestellt (Art. 3 der Verordnung über den Anwaltstarif, AT, bGS 145.53). In Verfahren vor dem Obergericht in Verwaltungssachen wird das Honorar pauschal festgelegt (Art. 13 Abs. 1 lit. c AT) und beträgt Fr. 1'000.00 bis Fr. 10'000.00 (Art. 16 Abs. 1 AT). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens richtet sich das Honorar nach den besonderen Umständen des Falles. In Betracht fallen namentlich Art und Umfang der Bemühungen, die Schwierigkeiten des Falles sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten (Art. 17 AT). Grundsätzlich kann die mögliche Bandbreite der Honorare unterteilt werden in

a) einfache, unterdurchschnittlich aufwändige Fälle, in denen ein Honorar von Fr. 1'000.00 bis zu Fr. 4'000.00 zu sprechen ist; b) mittlere Fälle, die durchschnittlich schwierige Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen betreffen und einen durchschnittlichen Aufwand benötigten, in denen ein Honorar in der Grössenordnung von Fr. 4'000.00 bis Fr. 7'000.00 angemessen erscheint; und c) schwierige Fälle sowohl bezüglich Sachverhalts- und/oder Rechtsfragen, in denen überdurchschnittlich umfangreiche Eingaben notwendig waren und umfangreiche Akten zu studieren waren, was ein Honorar von Fr. 7'000.00 bis Fr. 10'000.00, bzw. in aussergewöhnlichen Fällen bis zu Fr. 15'000.00 rechtfertigt.

Vorliegend ist von einem einfachen Fall auszugehen, bei welchem keine schwierigen Rechtsfragen zu beantworten und keine umfangreichen Akten zu studieren waren. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers diesen bereits im Rekursverfahren vertreten hat. In Anbetracht der Umstände erscheint eine Entschädigung für die vier Verfahren von insgesamt Fr. 3'000.00 für das Beschwerdeverfahren als angemessen. Dazu kommen die geltend gemachten Barauslagen von Fr. 296.40 sowie 7.7% für die Mehrwertsteuer, was zu total Fr. 3'550.20 bzw. Fr. 887.55 je Verfahren führt. Diese Entschädigung geht ausgangsgemäss je zur Hälfte zu Lasten der Vorinstanz und der Vorvorinstanz.

#### **E. 7**

Da der Beschwerdeführer durch die Aufhebung des Entscheids der Vorvorinstanz nachträglich in die Position der Obsiegenden gelangt, sind auch die Kosten für das vorinstanzliche Rekursverfahren entsprechend neu zu verlegen. Die Vorinstanz wird angewiesen, dem Beschwerdeführer den Kostenvorschuss von Fr. 800.00 zurückzuerstatten. Obschon der Anwaltstarif für das vorinstanzliche Rekursverfahren nicht direkt anwendbar ist (Art. 1 AT), ist er mangels einer anderen Tarifgrundlage praxisgemäss auch für die Bemessung der Parteientschädigungen nach Art. 24 VRPG (in der bis Ende 2019 gültigen Fassung) heranzuziehen (vgl. AR GVP 28/2016, Nr. 3678). In Anbetracht der Umstände erscheint eine Entschädigung im unteren Rahmen von Fr. 4'000.00 für die vier Rekursverfahren als angemessen. Zuzüglich 4% Barauslagen sowie 7.7% für die Mehrwertsteuer ergibt sich eine Entschädigung von total Fr. 4'480.30 bzw. Fr. 1'120.10 je Verfahren. Diese wird ausgangsgemäss der Vorvorinstanz auferlegt.

#### **E. 8**

Zustellung an die Beschwerdeführer über dessen Anwalt, die Vorinstanz, die Vorvorinstanz und nach Rechtskraft an die Gerichtskasse.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

lic. iur. Walter Kobler Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 13. März 2020