

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Zirkulationsurteil vom 6. Februar 2020

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, Dr. P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 19 28
Beschwerdeführerin	A. _____
	vertreten durch: RA AA._____
Vorinstanz	Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Vorvorinstanz	B. _____
	vertreten durch: RA BB._____
Beschwerdegegnerin	C. _____
Gegenstand	Nutzungsplanung Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 12. Juli 2019

Sachverhalt

- A. Mit Entscheid vom 9. Februar 2018 (act. 7/1.2) erliess der B._____ den Quartierplan D._____ und beantragte beim Departement Bau und Volkswirtschaft dessen Genehmigung. Gleichzeitig wies er eine dagegen gerichtete Einsprache der A._____ ab.
- B. Dagegen liess die A._____, vertreten durch RA AA._____, mit Eingabe vom 8. März 2018 (act. 7.1) beim Departement Bau und Volkswirtschaft Rekurs erheben u.a. mit den Anträgen, den Entscheid aufzuheben und die Genehmigung des Quartierplans D._____ zu verweigern.
- C. Nach dem Eingang der Stellungnahmen informierte das Departement Bau und Volkswirtschaft die Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 25. Juni 2018 (act. 2.6) darüber, dass diese in den nächsten Tagen zwecks Absprache eines Augenscheintermins kontaktiert würden. In der Folge setzte RA AA._____ die Verfahrensleiterin telefonisch über Auslandsabwesenheiten in Kenntnis, wobei noch kein Termin für einen Augenschein vereinbart wurde (act. 2.7).
- D. Mit Schreiben vom 23. November 2018 (act. 2.3) teilte das Departement Bau und Volkswirtschaft den Verfahrensbeteiligten mit, dass der Augenschein am 14. Dezember 2018 stattfinden werde. Darauf erklärte RA AA._____ mit Schreiben vom 28. November 2018 (act. 2.4), dass er und die Verantwortlichen der A._____ am genannten Datum im Ausland seien, weshalb der anberaumte Augenschein abgesagt und verschoben werden müsse. Mit E-Mail vom 11. Dezember 2018 hielt die Verfahrensleiterin fest, dass diesem Anliegen nicht entsprochen werde, worauf RA AA._____ ebenfalls per E-Mail erwiderte, dass die Abhaltung des Augenscheins ohne Mitwirkungsmöglichkeit der Einsprecherin bzw. deren Vertretung als Verweigerung des rechtlichen Gehörs zu qualifizieren sei (act. 2.5).
- E. Am 14. Dezember 2018 wurde der besagte Augenschein in Abwesenheit der A._____ und deren Vertretung durchgeführt und ein Augenscheinprotokoll (dat. 14. Januar 2019) erstellt (act. 2.8). Dagegen erhob die A._____ mit Schreiben vom 1. Februar 2019 (act. 2.9) u.a. wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs beim Departement Bau und Volkswirtschaft Einwendungen. Gleichzeitig wurde die Abhaltung eines neuen Augenscheins beantragt. Diesen Antrag stellte die A._____ erneut mit Schreiben vom 22. März 2019 (act. 2.11).
- F. Mit Entscheid vom 12. Juli 2019 (act. 2.2) wies das Departement Bau und Volkswirtschaft den Rekurs der A._____ ab und genehmigte den Quartierplan D._____.

- G. Gegen diesen Entscheid liess die A._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 9. August 2019 (act. 1) beim Obergericht Beschwerde erheben u.a. mit dem Antrag, den Rekursentscheid aufzuheben.
- H. Mit Schreiben vom 26. September 2019 (act. 6), 3. Oktober 2019 (act. 8) und 6. November 2019 (act. 12) beantragten das Departement Bau und Volkswirtschaft (im Folgenden: Vorinstanz), die Grundeigentümerin C._____ (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) sowie der B._____ (im Folgenden: Vorvorinstanz), vertreten durch RA RA BB._____, die Beschwerde abzuweisen.
- I. Mit Verfügung vom 11. November 2019 (act. 13) beschloss die Gerichtsleitung, vorerst die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs zu behandeln und darüber einen Zwischenentscheid zu fällen. Gleichzeitig wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich dazu abschliessend zu äussern.
- J. Mit Schreiben vom 19. November 2019 (act. 14), 22. November 2019 (act. 16), 3. Dezember 2019 (act. 20) und 4. Dezember 2019 (act. 18) liessen sich die Verfahrensbeteiligten abschliessend vernehmen.

Erwägungen

1. Die Gerichte können in einfachen Fällen auf dem Zirkulationsweg entscheiden, wenn das Gesetz keine Verhandlung vorschreibt (Art. 52 Abs. 1 des Justizgesetzes, JG, bGS 145.31). Für die in dieser Zwischenentscheid zu beurteilende Frage der Gehörsverletzung ist keine Verhandlung vorgeschrieben. Im Weiteren war kein grosser Abklärungsaufwand erforderlich und es stellen sich keine schwierigen Rechtsfragen, weshalb der Entscheid auf dem Zirkulationsweg erfolgt.
2. Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu zählen u.a. das Recht, Beweisanträge zu stellen, an der Beweiserhebung teilzunehmen und sich zum Ergebnis des Beweisverfahrens zu äussern, sowie das Recht auf Prüfung der Partei-

vorbringen und Begründung des Entscheids durch die Behörde (PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, N. 12 zu Art. 29 VwVG). Als Teilgehalt des Gehörsanspruchs zählt auch das Recht der Parteien und ihrer Vertreter, an amtlichen Augenscheinen teilzunehmen. Dient der Augenschein dazu, einen streitigen, unabgeklärten Sachverhalt festzustellen, so müssen die am Verfahren Beteiligten aufgrund von Art. 29 Abs. 2 BV zum Augenschein beigezogen werden. Sobald der Augenschein zu neuen, rechtserheblichen Erkenntnissen führt, die im Entscheid verwendet werden sollen, hat er Beweismittelcharakter. Eine Durchführung ohne Beteiligung der Parteien ist dann nicht mehr zulässig (PATRICK SUTTER, a.a.O., N. 55 zu Art. 12 VwVG). Infolgedessen darf auf dieses Beweismittel nicht abgestellt werden, ohne dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, an der Beweisabnahme mitzuwirken oder wenigstens nachträglich zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf ein Augenschein dann unter Ausschluss einer Partei erfolgen, wenn schützenswerte Interessen Dritter oder des Staates oder eine besondere zeitliche Dringlichkeit dies gebieten oder wenn der Augenschein seinen Zweck überhaupt nur dann erfüllen kann, wenn er unangemeldet erfolgt (BGE 116 Ia 94 E. 3b). Bei Vorliegen einer der genannten Konstellationen genügt es, wenn die betreffende Partei nachträglich zum Ergebnis des Augenscheins Stellung nehmen kann (Urteil des Bundesgerichts 1P.318/2003 vom 15. Juli 2003 E. 2.1; BGE 104 Ia 69 E. 3b; BGE 113 Ia 81 E. 3a). Grundsätzlich ist zu verlangen, dass die Ergebnisse des Augenscheins, insbesondere die vor Ort gemachten Feststellungen und Wahrnehmungen, ihrem wesentlichen Inhalt nach schriftlich protokolliert werden, allenfalls ergänzt mit Fotos, Plänen etc.. Den Parteien muss vor Entscheidungsfällung die Möglichkeit gegeben werden, von den Ergebnissen des Augenscheins Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, insbesondere allfällige Berichtigungen zu verlangen (BGE 142 I 86 E. 2.3).

- 2.1 Die Beschwerdeführerin rügt, dass der Augenschein bzw. die Beweiserhebung vom 14. Dezember 2018 ohne die Beschwerdeführerin stattgefunden habe. Von der Regelung, wonach Verhandlungen nicht verschoben zu werden brauchen, wenn Verfahrensbeteiligte an der Teilnahme verhindert seien, sei nur in Ausnahmefällen und mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen. Andernfalls würden die Verfahrensgrundrechte bzw. Art. 12 Abs. 3 VRPG seines Gehalts entleert. Ziel dieser Regelung könne es nur sein, unnötige Verfahrensverzögerungen zu vermeiden. Durch eine vorgängige Terminabklärung oder nur schon durch ein ernsthaftes Bemühen der Vorinstanz, einen für alle Verfahrensbeteiligten passenden Termin zu finden, bzw. den angesetzten Termin um wenige Tage zu verschieben, wäre es zu keiner nennenswerten Verfahrensverzögerung gekommen. Dies umso mehr, als die Verfahrensführerin den Beteiligten bereits im Juni 2018 noch in Aussicht gestellt habe, sie werde diese und damit auch die Beschwerdeführerin zwecks Terminfindung in den

nächsten Tagen kontaktieren. Die Beschwerdeführerin und deren Rechtsvertreter hätten umgehend und vorausschauend Abwesenheiten der Verfahrensführerin mitgeteilt und damit alles Zumutbare unternommen, um eine Terminverzögerung zu verhindern. Die Beschwerdeführerin habe zu keinem Zeitpunkt verlangt, der Augenschein sei erst Wochen später (mit entsprechender Verzögerungswirkung) durchzuführen. Im Gegenteil belege die rasche Reaktion, dass eben gerade keine Verzögerung des Verfahrens beabsichtigt gewesen sei, sondern vielmehr sei es darum gegangen, präzisierende Erläuterungen anzubringen und letztendlich sicherzustellen, dass alle Verfahrensbeteiligten „gleich lange Spiesse“ hätten. Nachdem die Verfahrensleiterin von sich aus angeboten habe, einen neuen Termin abzusprechen (nach ihrer Auslandsabwesenheit) so könne es nicht angehen, dass später behauptet werde, die Beschwerdeführerin habe sich einem Augenschein verweigert.

Verschärfend komme im vorliegenden Fall dazu, dass zwar formell „nur“ zu einem Augenschein eingeladen worden sei. Gemäss Protokoll sei es bei dieser Beweisaufnahme um deutlich mehr als einen Augenschein gegangen. Durch die Nichtteilnahme an dieser Beweisaufnahme habe die Beschwerdeführerin Nachteile erfahren, welche eine klare Gehörsverletzung darstellten, die nicht mehr geheilt werden könne. Eine nachträgliche Stellungnahme zur geführten Diskussion, zu Wortmeldungen usw. der einzelnen Parteien sei nicht möglich, weil die Beschwerdeführerin selber nicht anwesend gewesen sei. Insbesondere nachdem es im vorliegenden Fall um eine Güterabwägung gehe und divergierende Interessenlagen (durchaus auch zwischen Privaten bzw. verschiedenen Grundeigentümern) vorlägen, sei eine umfassende, ausgewogene und rechtsgleiche Beweisaufnahme von zentraler Bedeutung. Korrekterweise hätte der Termin als Augenschein und Rekursverhandlung bezeichnet werden müssen. Damit sei die entsprechende Beweisabnahme nicht gehörig angekündigt worden und es liege zusätzlich eine mangelhafte Vorladung vor, was für sich alleine schon eine Gehörsverweigerung darstelle. Die vier nicht kommentierten Fotos auf S. 4 des Augenscheinprotokolls seien nichtssagend. Es sei nicht klar, von welchem Standort die Fotos aufgenommen worden seien und es fehlten Fotos von weiteren wichtigen Perspektiven. Dies hätte anlässlich des Augenscheins durch die Beschwerdeführerin moniert werden bzw. zusätzliche Fotos verlangt werden können. Im Zusammenhang mit der fraglichen Beweisaufnahme habe eine intensive Kommunikation zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin stattgefunden und es sei mehrfach auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs hingewiesen worden. Die Vorinstanz sei darauf jedoch in ihrem Rekursentscheid mit keinem Wort eingegangen, was nicht nur erstaune, sondern unter dem Aspekt der Begründungspflicht (wiederum als Teil des rechtlichen Gehörs) nicht angehe.

2.2 Die Vorinstanz macht dagegen in der Stellungnahme vom 3. Dezember 2019 geltend, dass die Parteien nach Art. 12 Abs. 3 VRPG keinen Anspruch auf Festsetzung eines bestimmten Termins oder auf eine Verschiebung des Termins für den Fall, dass sie am betreffenden Datum verhindert sind, hätten. Die zuständige Mitarbeiterin habe den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25. Juni 2018 darüber informiert, dass ein Augenschein vorgesehen sei, weshalb er zwecks Terminkoordination kontaktiert werde. Am 27. Juni 2018 habe dieser mitgeteilt, dass im Verlauf der Monate Juli, August und September kein Augenschein möglich sei, da entweder er oder die Vertreterinnen der Beschwerdeführerin abwesend seien (Aktennotiz vom 27. Juni 2018; act. 11). Nach der Einladung zum Augenschein vom 23. November 2018 habe der Rechtsvertreter erneut angezeigt, dass keine Teilnahme am Augenscheintermin vom 14. Dezember 2018 möglich sei, weshalb der Termin zu verschieben sei. Damit habe der Rechtsvertreter den Erhalt der Einladung und die grundsätzliche Möglichkeit zur Teilnahme am Augenschein bestätigt, womit der Vorgabe von Art. 12 Abs. 3 VRPG entsprochen sei. Es habe vom Departement Bau und Volkswirtschaft demnach nicht verlangt werden dürfen, dass auf den rechtzeitig und ordnungsgemäss angesetzten Augenscheintermin verzichtet und ein neuer Termin angesetzt werde. Im Weiteren sei nicht einsehbar, weshalb der Rechtsvertreter während rund 5 Monaten keinen Augenscheintermin habe wahrnehmen oder keine Stellvertretung zum Augenschein habe abordnen können. Es wäre an ihm gewesen, Terminvorschläge zu machen, was er nachweislich nicht getan habe. Art. 63 der Bauverordnung (BauV, bGS 721.11) verpflichte das Departement zur Erledigung der Rekurse innert sechs Monaten seit Eingang der rechtsgenügenden Eingabe. Nachdem sich der Rechtsvertreter während mehrerer Monate dem Augenschein verweigert und die zuständige Mitarbeiterin auf seine Planung Rücksicht genommen habe, habe er mit Blick auf Art. 63 BauV und Art. 12 Abs. 3 VRPG nicht davon ausgehen dürfen, dass sich das Departement erneut hinhalten lassen würde. Er habe gestützt auf Treu und Glauben keine erneute Anfrage erwarten dürfen. Vielmehr erachte das DBV das Verhalten des Rechtsvertreters als treuwidrig. Entgegen den Darstellungen der Beschwerdeführerin hätten am Augenschein keine Diskussionen stattgefunden und der Augenschein stelle auch keine Rekursverhandlung dar. Die Einladung zum Augenschein sei rechtzeitig zugestellt worden, die Nichtteilnahme habe in der Verantwortung der Beschwerdeführerin gelegen, das Protokoll des Augenscheins sei ihr zur Stellungnahme zugestellt worden und sie habe sich nachweislich dazu geäußert.

2.3 Die Vorvorinstanz hält fest, dass Art. 12 Abs. 3 VRPG verfassungskonform sei und der Rechtsprechung entspreche. Das Anwesenheitsrecht bei der Durchführung von Augenscheinen impliziere ein Anrecht auf rechtzeitige Einladung zum Augenschein, damit die Partei persönlich erscheinen oder sich ordnungsgemäss vertreten lassen könne. Die Beschwerdeführerin gebe dem abgehaltenen Augenschein quasi Verhandlungsbedeutung,

was in der vorgebrachten Form nicht zutreffe. Nachdem seitens der Beschwerdeführerin im Nachgang zur Einladung zum Augenschein auf den 14. Dezember 2018 wiederum Auslandsabwesenheit geltend gemacht worden sei, sei rechtlich in keiner Art und Weise zu beanstanden, dass die Verfahrensleitung des Departements Bau und Volkswirtschaft am festgesetzten Augenscheintermin festgehalten habe. Aufgrund der Grösse des Anwaltsbüros wäre zudem eine interne Stellvertretung ohne weiteres möglich gewesen.

2.4. Art. 12 Abs. 3 VRPG gibt zwar vor, dass eine Verhandlung nicht verschoben zu werden braucht, wenn Parteien verhindert sind, doch bezieht sich diese Bestimmung klar auf *Verhandlungen* und nicht auf Augenscheine, wobei es sich um ein eigentliches Beweismittel im Sinne von Art. 10 Abs. 2 VRPG handelt. Eine Durchführung eines Augenscheins ohne Teilnahme der Parteien kann angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung deshalb nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen (z.B.: Schwierigkeit einer Terminfindung aufgrund sehr vieler Beteiligter, Geheimhaltungsinteressen Privater, zeitliche Dringlichkeit oder rechtsmissbräuchliches Verhalten einer Verfahrenspartei). Im vorliegenden Fall fällt auf, dass der Rekursentscheid erst am 12. Juli 2019 versandt wurde. Damit ist keine besondere Dringlichkeit ersichtlich, welche es geboten hätte, den Augenschein entgegen gängiger Praxis ohne Terminabsprache ein halbes Jahr vorher genau am 14. Dezember 2018 durchzuführen. Aufgrund der Behandlungsdauer von insgesamt 17 Monaten erscheint denn auch der Verweis der Vorinstanz auf die sechsmonatige Behandlungsfrist von Art. 63 BauV nicht plausibel, zumal diese Ordnungsfrist auch ohne die dreimonatige Auslandsabwesenheit der Beschwerdeführerin deutlich überschritten wurde. Im Übrigen könnte sich die Frage eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Beschwerdeführerin nur dann stellen, wenn sie bzw. deren Rechtsvertreter bei der Ansetzung des neuen Augenscheintermins erneut eine mehrmonatige Auslandsabwesenheit geltend gemacht hätte, was jedoch nicht aktenkundig ist und von den Vorinstanzen auch nicht substantiiert wird. Damit ist kein entsprechender Ausnahmegrund ersichtlich, welcher eine Durchführung des Augenscheins ohne Beschwerdeführerin gerechtfertigt hätte, womit eine Gehörsverletzung zu bejahen ist.

Ergänzend ist dazu festzuhalten, dass die Einladung vom 23. November 2018 (act. 2.3) zum Augenschein vom 14. Dezember 2018 zwar rechtzeitig erfolgte. Vorliegend geht jedoch aus den Akten hervor, dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 25. Juni 2018 (act. 2.6) ausdrücklich gegenüber den Parteien festgehalten hat, diese zwecks *Absprache* eines Augenscheintermins zu kontaktieren. Gemäss Aktennotiz der Verfahrensleiterin vom 27. Juni 2018 (act. 11) hat der Rechtsvertreter der Verfahrensleiterin am 27. Juni 2018 telefonisch mitgeteilt, aufgrund von Auslandsabwesenheiten sei im Verlauf der Monate Juli, August und September 2018 kein Augenschein möglich. Die Verfahrensleiterin hat darauf festgehalten, dass sie bestmöglich auf dessen Planung Rücksicht nehmen und im Oktober

2018 ebenfalls auslandabwesend sein werde. Nicht dokumentiert ist jedoch eine Aussage der Verfahrensleiterin gegenüber der Beschwerdeführerin oder den anderen Parteien, dass nach Ablauf dieser Zeit ein Augenschein *ohne Terminabsprache* erfolgen werde. Die Beschwerdeführerin (und auch die anderen Verfahrensbeteiligten) konnten damit aufgrund des Schreibens vom 25. Juni 2019 nach Treu und Glauben nach wie vor davon ausgehen, dass ein neuer Augenscheintermin mit ihnen abgesprochen würde, woran auch der Umstand nichts zu ändern vermag, dass die Grösse des Anwaltsbüros allenfalls eine interne Stellvertretung des Anwalts der Beschwerdeführerin gerechtfertigt hätte.

2.5 Erschwerend kommt vorliegend hinzu, dass die Beschwerdeführerin auch nicht nachträglich zum Beweisergebnis des Augenscheins Stellung nehmen konnte, geht doch ein solches Beweisergebnis gar nicht aus dem Augenscheinprotokoll (act. 7/12) hervor. Diesem wurden zwar auf S. 4 vier Fotos hinzugefügt, jedoch ist auf diesen weder ersichtlich, wo sie genau aufgenommen wurden, noch wurden zu den jeweiligen Standorten Feststellungen der Vorinstanz dokumentiert, was für die abwesende Beschwerdeführerin insbesondere in Bezug auf die bestrittene Qualitätssteigerung und Eingliederung der geplanten Überbauung sowie die gerügte erhebliche Beeinträchtigung der nachbarlichen Interessen von Bedeutung gewesen wäre. Es bestand daher keine Möglichkeit, sich zu möglicherweise falschen Eindrücken vor der Eröffnung des Rekursentscheides zu äussern. Dennoch hat sich die Vorinstanz in Ziff. 8 und 9 des angefochtenen Entscheids (act. 2.2) bei der Beurteilung dieser strittigen Fragen u.a. auf die gewonnenen Eindrücke beim Augenschein berufen, ohne dass die Beschwerdeführerin zu diesen Eindrücken Stellung nehmen konnte, was im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls eine Gehörsverletzung darstellt (BGE 142 I 86 E. 2.3).

2.6 Dazu kommt Folgendes: Die Beschwerdeführerin liess im Rekursverfahren mehrmals die Abhaltung eines neuen Augenscheins beantragen (act. 2.9 und 2.11). Die Vorinstanz hat diesen Verfahrensantrag jedoch weder mittels eines Zwischenentscheids noch im Rekursentscheid behandelt. Dies gilt auch für den auf S. 9 der Rekurseingabe gestellten Beweis-antrag einer architektonischen bzw. raumplanerischen Begutachtung, auf welchen die Vorinstanz ebenfalls nicht eingegangen ist, ohne diesen im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung explizit abzulehnen (vgl. dazu BGE 136 I 229 E. 5.3). Damit ist davon auszugehen, dass diese Parteivorbringen von der Vorinstanz nicht geprüft wurden, was ebenfalls als Gehörsverletzung eingestuft werden muss.

2.7 Zusammenfassend kommt das Obergericht daher zum Schluss, dass der angefochtene Entscheid mehrfach in Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin ergan-

gen ist. Im Weiteren durfte die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass mit ihr ein Augenscheintermin abgesprochen würde.

3.

3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, welche freie Überprüfungsbefugnis besitzt. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; BGE 133 I 201 E. 2.2).

3.2 Vorliegend ist die mehrfache Gehörsverletzung als schwerwiegend zu qualifizieren. Die Kognition des Obergerichts ist zudem insofern beschränkt, als dass dieses keine Ermessenskontrolle ausüben darf (Art. 56 Abs. 1 VRPG). Den Planungsbehörden steht bereits von Bundesrechts wegen ein Ermessensspielraum zu (Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG, SR 700). Im vorliegenden Fall ist zudem die Würdigung lokaler Verhältnisse von besonderer Bedeutung, und die Vorinstanzen verfügen im Zusammenhang mit der Einordnung und Gestaltung über erhebliche Entscheidungsspielräume, die durch unbestimmte Rechtsbegriffe eingeräumt werden. Ferner haben die Rechtsunterworfenen grundsätzlich Anspruch auf Einhaltung des Instanzenzuges (Urteil des Bundesgerichts 8C_241/2007 vom 9. Juni 2008 E. 1.3.2).

In Anbetracht dieser Umstände bleibt nichts anderes übrig, als die Beschwerde gutzuheissen und den vorinstanzlichen Rekursentscheid vom 12. Juli 2019 aufzuheben. Die Angelegenheit ist gestützt auf Art. 59 i. V. m. Art. 41 Abs. 2 VRPG zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung, der Durchführung eines neuen Augenscheins unter Einschluss aller Parteien und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird diese auch den neuen Art. 41 Abs. 3 BauG zu beachten haben, wonach bei Überbauungsplänen eine Visierung angeordnet werden kann, wenn bei der Geschosszahl und der Intensität der Nutzung von den geltenden Vorschriften abgewichen werden soll. Zudem wird die Vorinstanz aufgrund des Beweisantrags prüfen müssen, ob im vorliegenden Fall die Einholung eines architektonischen Gutachtens erforderlich ist oder nicht.

4. Nach Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Für dieses Verfahren wird eine Entscheidegebühr von Fr. 1'500.-- erhoben, welche aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs der Vorinstanz auferlegt wird, wobei in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung zu verzichten ist. Die Gerichtskasse ist anzuweisen, der Beschwerdeführerin den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zurückzuerstatten.

5.

5.1 Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für die notwendigen Kosten und Auslagen. 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.-- bis Fr. 10'000.-- (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.-- bis zu Fr. 4'000.-- 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.-- bis Fr. 7'000.-- 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.-- bis Fr. 10'000.--, bzw. in aussergewöhnlichen Fällen bis zu Fr. 15'000.-- rechtfertigt.

5.2 RA AA._____, welcher die Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren vertrat, hat keine Kostennote eingereicht. Vorliegend beschränkt sich die gerichtliche Beurteilung auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs, wobei es sich nach Erachten des Obergerichts um einen einfachen Fall handelt, bei welchem keine schwierigen Rechtsfragen zu beantworten und keine umfangreichen Akten zu studieren waren. Dem

Aufwand und den Anforderungen angemessen erscheint daher ein Honorar in der Höhe von Fr. 2'500.--. Hinzu kommen die Barauslagen von pauschal 4% und die Mehrwertsteuer von 7.7%, was insgesamt zu einer Entschädigung von Fr. 2'800.20 zugunsten der Beschwerdeführerin führt. Diese ist ausgangsgemäss der Vorinstanz aufzuerlegen.

6. Rückweisungen schliessen das Verfahren nicht ab, sondern weisen es sinngemäss an die Vorinstanz zurück. Sie sind daher den Vor- und Zwischenentscheiden zuzuordnen, weshalb sich ihre Anfechtung nach Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) richtet (BGE 133 V 477 E. 4.2).

Das Obergericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 12. Juli 2019 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an das Departement Bau und Volkswirtschaft zurückgewiesen.
2. Es wird eine Entscheidgebühr von insgesamt Fr.1'500.-- festgesetzt, welche auf die Staatskasse genommen wird. Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Beschwerdeführerin den Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zurückzuerstatten.
3. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.20 (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) zugesprochen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110, Art. 93 BGG). Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben (Art. 113 ff. BGG). In beiden Fällen ist die Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
5. Zustellung an die Beschwerdeführerin über deren Anwalt, die Vorinstanz, die Vorvorinstanz über deren Anwalt, die Beschwerdegegnerin sowie die Gerichtskasse.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

lic. iur. Walter Kobler

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 10. Februar 2020