



AR GVP 32/2020 Nr. 3775

Ausstand im Verwaltungsverfahren. Mitgliedschaft eines Exekutivorgans einer Gemeinde im Verwaltungsrat einer privaten Aktiengesellschaft. Wird das Behördenmitglied nicht vom Gemeinwesen nach Art. 762 OR abgeordnet, sondern durch die Generalversammlung gewählt, muss es in Verwaltungsverfahren, welche die Gesellschaft betreffen, zwingend in den Ausstand treten. Rückweisung zum neuen Entscheid an die Gemeindebehörde im Ausstand des Exekutivorgans.

Urteil des Obergerichts, 4. Abteilung, 27.02.2020, O4V 19 34

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 8 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) 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 Parteivertreter 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 den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (Urteil des Bundesgerichts 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3).

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 OR 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 (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).

3.5 Vorab gilt es festzuhalten, dass der Umstand, dass A. 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. 13) 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 betreiben. 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 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 A. 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.

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 A. und dem Streitgegenstand bestehen zwei besondere Beziehungen; einerseits ist A. 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 A. diesem Verwaltungsrat als Vertreter jener Gemeinde an, welche die umstrittene Planungszone erlassen hat. In der Einsprache vom 30. Mai 2018 liess der Beschwerdeführer in Ziff. 12 konkret beanstanden, dass die Parzellen Nrn. 0003 und 0004 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. Damit hätte von Amtes wegen jegliche Mitwirkung von A. im Einspracheverfahren vermieden werden müssen. Wie die Vorvorinstanz zutreffend festhält, gilt dies jedoch nicht für Vize-Gemeindepräsident F., da sich sein erworbenes Grundstück Nr. 0006 in einer Nichtbauzone befindet, welches somit nicht Bestandteil der strittigen Planungszone bilden kann.

3.7 Unter den gegebenen Umständen erscheint Gemeindepräsident A. 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 29. August 2018 mitwirken dürfen.

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, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, 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 29. August 2019 aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid im Ausstand von A. an den Gemeinderat B. zurückzuweisen.