

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Die vom Beschwerdeführer gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde an das Bundesgericht ist dieses mit Entscheid vom 4. Juli 2018 nicht eingetreten (1C_8/2018, 1C_11/2018, 1C_12/2018).

Urteil vom 28. September 2017

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer, Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber T. Bienz
Verfahren Nr.	O4V 16 10
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	A1 ____ vertreten durch: RA AA____
Vorinstanz	Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Vorvorinstanz	Baubewilligungskommission B ____ vertreten durch: RA BB____
Beschwerdegegnerin	C ____ vertreten durch: RA CC____
Gegenstand	Neubau Einfamilienhaus, Parz. Nr. 001, B ____

Rechtsbegehren

a) des Beschwerdeführers:

1. Der Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 13. April 2016 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Baubewilligung sei zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Vorinstanz:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Unter Kostenfolge zulasten des Beschwerdeführers.

c) der Beschwerdegegnerin:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers bzw. des Staates.

Sachverhalt

A. A1___ und A2___ sind Eigentümer der Parzelle Nr. 001 an der D___strasse am nördlichen Siedlungsrand der Gemeinde B___, der sich in diesem Bereich durch eine starke Südhanglage auszeichnet. Die Fläche der Parzelle Nr. 001 beträgt rund 1795 m², wovon gemäss kommunalem Zonenplan Nutzung 514 m² in der Wohnzone W1 liegen. Der obere Teil der Parzelle befindet sich in der Grünzone innerhalb des Baugebiets GRiF, welche der Freihaltung der Kuppe dient und die Aussicht von der D___strasse her gewährleisten soll. Die Parzelle Nr. 001 wird mit den westlich und östlich angrenzenden Parzellen Nrn. 002 und 003 über einen bestehenden überdachten „Laubengang“ verbunden, der beim Lift des Wohnhauses Assek. Nr. 004 auf der Parzelle Nr.002 beginnt und südöstlich beim Wohnhaus Assek. Nr. 005 auf der Parzelle Nr. 006 endet. Im Gegensatz zu den Parzellen Nrn. 002, 003 und 006, auf welchen bereits Wohnhäuser realisiert wurden, ist die Parzelle Nr. 001 noch nicht überbaut. Die genannten Parzellen werden in der Zone W1 und einem Grünbereich von einer Zone mit Quartierplanpflicht überlagert; der Grünbereich ist der Grünzone GRiF zugeordnet. Das überlagerte Gebiet liegt im Geltungsbereich des

Quartierplans E____, Teil Ost, welcher am 13. Mai 2011 vom Departement Bau und Umwelt (neu: Departement Bau und Volkswirtschaft) genehmigt wurde.

- B.** Mit Baugesuch vom 19. Mai 2015 (Projektänderung) ersuchte A1____ die Baubewilligungskommission B____ um die Bewilligung für den Neubau eines Einfamilienhauses auf der Parzelle Nr. 001. Das Gesuch wurde mit Entscheid vom 14. Juli 2015 von der Baubewilligungskommission B____ bewilligt, wobei sie gleichzeitig eine gegen das Baugesuch gerichtete Einsprache von C____, Grundeigentümerin der Parzelle Nr. 003, abwies. Dagegen liess C____ mit Eingabe vom 10. August 2015 Rekurs beim Departement Bau und Volkswirtschaft (im Folgenden: Vorinstanz) erheben, welches den Rekurs mit Entscheid vom 13. April 2016 guthiess und den Bau- und Einspracheentscheid der Baubewilligungskommission B____ vom 14. Juli 2015 aufhob. Die Vorinstanz begründete den Rekursentscheid im Wesentlichen damit, dass das Bauvorhaben aufgrund des zur Bruttogeschossfläche zu zählenden „Einstellraums“ und des von der anrechenbaren Landfläche abzuziehenden „Laubengangs“ die zulässige Ausnutzungsziffer um rund 20 % überschreite. Sie stellte daneben fest, dass die vorgenommenen Ausnutzungstransfers bei der Bewilligung der Einfamilienhäuser auf den Parzellen Nrn. 002, 003 und 006 nicht rechtskonform zustande gekommen seien, weshalb sie nicht in die Berechnung der anrechenbaren Landfläche hinzugezogen werden könnten. Im Weiteren werde die Anzahl zulässiger Geschosse überschritten, und die geplante Terrasse sowie das Dach über dem nördlichen Eingang seien nicht quartierplankonform.
- C.** Gegen diesen Entscheid liess A1____, (im Folgenden: Beschwerdeführer), vertreten durch RA AA____, mit Eingabe vom 17. Mai 2016 beim Obergericht Beschwerde mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren erheben. Zur Abklärung des Sachverhalts liess der Beschwerdeführer zudem die Durchführung eines Augenscheins beantragen. Als Begründung machte er im Wesentlichen geltend, dass die anrechenbare Landfläche W1 der Parzelle Nr. 001 gemäss Planungsbericht zum Quartierplan E____, Teil Ost, 599 m² betrage und nicht nur 514 m². Der geplante „Einstellraum“ solle nicht zu Wohnzwecken genutzt werden. Für die Ausnutzungsziffer seien auch subjektive Elemente bzw. die tatsächliche Verwendung von bestimmten Räumen zu berücksichtigen. Die Überdachung des Laubengangs beschatte das einzige Fenster dieses Einstellraums, weshalb die reine Fläche des Fensters nur wenig über die tatsächliche Besonnung des Raumes aussage. Einstellräume müssten nicht zwingend kalt sein, weshalb aus der Ausstattung des dunklen, direkt neben dem Keller und Technikraum liegenden Einstellraums nicht geschlossen werden könne, dass dieser zu Wohnzwecken geeignet wäre. Der Raum diene als einziger Durchgang zum Keller, werde eher auskühlen und durch Lärmbelästigungen aufgrund der technischen Geräte, welche sich im Nebenraum befänden, auch immissionstechnisch

vermehrt belastet sein. Das Gebäude verfüge über keinen Estrich und nur über einen kleinen Keller, weshalb es aus praktischen Gründen sehr wahrscheinlich sei, dass der als Einstellraum bezeichnete Raum als Einstellraum benutzt werde. Zudem weise das Gebäude auch mit einem Kinderzimmer weniger immer noch genügend Räume für sämtliche Familienmitglieder des Beschwerdeführers auf. Und schliesslich sei die in den Bauakten angegebene Nutzung ohnehin verbindlich und müsse eingehalten werden. Die Vorinstanz habe diesbezüglich den Sachverhalt falsch festgestellt, zumal verglichen mit dem Vorgängerprojekt auch bauliche Veränderungen (Kellereingang) vorgenommen worden seien. Eventualiter hätte die Vorinstanz die Angelegenheit an die Baubewilligungskommission B___ zurückweisen müssen, so dass letztere ein bauliches Verbot wie den Verzicht auf die Fenster oder die Heizung hätte aussprechen können. In Bezug auf den „Laubengang“ macht er geltend, dass es sich bei diesem nicht um eine Strasse handle, weshalb der von der Vorinstanz zitierte Entscheid AR GVP 23/2011 Nr. 3566 keine Anwendung finde. Bei öffentlichen Fusswegen könnten keine abzugsfähigen Flächen berechnet werden, was erst recht für privatrechtliche Fusswege gelten müsse. Deshalb sei die Fläche des Laubengangs als anrechenbare Fläche zu berücksichtigen. Dadurch ergebe sich eine Ausnützungsziffer von gerundet 0.4 und nicht 0.6, wie die Vorinstanz fälschlicherweise festgestellt habe.

Gemäss Art. 16 des Baureglements B___ (BauR) seien in der Wohnzone W1 zwei Vollgeschosse zulässig, womit das geplante Gebäude entgegen der Auffassung der Vorinstanz kein Geschoss zu viel aufweise. Das in den Bauplänen als Untergeschoss bezeichnete Geschoss sei als Sockelgeschoss zu qualifizieren. Die geplante Terrasse auf der Westseite verlaufe ebenerdig und rage nicht aus der Fassade heraus. Zudem erscheine die Terrasse aufgrund des terrassierten, in den Hang gebauten Gebäudes optisch ohnehin als Bestandteil des Sockelgeschosses, womit die Terrasse gemäss Art. 10 der Sonderbauvorschriften des Quartierplans klarweise bewilligungsfähig sei. Im Weiteren seien in Bezug auf die Terrasse und das Dach über dem nördlichen Eingang die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung erfüllt. Sollte das Obergericht wider Erwarten zur Überzeugung gelangen, die Terrasse sei nicht quartierplankonform, wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die Baubewilligungskommission B___ zurückzuweisen. Da der Rekurs von der Vorinstanz nicht hätte gutgeheissen werden dürfen, seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens neu zu verlegen und dem Beschwerdeführer sei seitens der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu entrichten.

- D. Die Vorinstanz sowie C___ (im Folgenden: Beschwerdegegnerin), vertreten durch RA CC___, liessen sich mit Eingaben vom 13. Juni 2016 und 25. Juli 2016 je mit den eingangs

erwähnten Rechtsbegehren vernehmen. Die Baubewilligungskommission B____, vertreten durch RA BB____, hat mit Schreiben vom 6. Juli 2016 auf eine Vernehmlassung verzichtet. Der Beschwerdeführer liess mit Eingabe vom 5. September 2016 replizieren und damit stillschweigend auf eine mündliche Verhandlung verzichten. Desgleichen gilt für die übrigen Parteien, welche ihrerseits keine Dupliken einreichten. Auf die erwähnten Eingaben wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen näher eingegangen.

- E. Mit Schreiben vom 14. Februar 2017 ersuchte das Obergericht die Baubewilligungskommission B____ um Auskünfte in Bezug auf allfällige Ausnützungstransfers, welche im Zusammenhang mit den realisierten Wohnhäusern auf den Parzellen Nrn. 002, 003 und 006 vorgenommen worden sind. Mit Schreiben vom 20. März 2017 nahm die Baubewilligungskommission dazu Stellung und reichte gleichzeitig die entsprechenden Baubewilligungen und Beratungsprotokolle ein. Dazu liessen sich der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. März 2017 sowie die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 1. Mai 2017 vernehmen. Auf diese Eingaben wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen näher eingegangen.
- F. Auf die Eröffnung des Urteildispositivs hin verlangten der Beschwerdeführer, die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegnerin je eine Begründung. Damit sind die Voraussetzungen für die in Ziff. 2 des Dispositivs in Aussicht gestellte Reduktion der Entscheidgebühr nicht gegeben.

Erwägungen

1.

- 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) in Verbindung mit Art. 110 lit. b des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (BauG, bGS 721.1) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Vorinstanz zuständig ist. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht. Als Adressat des angefochtenen Rekursentscheides, mit dem die erteilte Baubewilligung für die Erstellung des geplanten Wohnhauses auf der Parzelle Nr. 001 aufgehoben wurde, ist der Beschwerdeführer formell beschwert und in eigenen schutzwürdigen Interessen berührt, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist. Auf die Beschwerde ist einzutreten. Zwischenzeitlich nicht mehr umstritten ist die Frage der Geschossigkeit. Die Vorinstanz hat in der Vernehmlassung vom 13. Juni 2016 (act. 6)

diesbezüglich eingeräumt, dass sie irrtümlicherweise davon ausgegangen sei, dass in der Zone W1 nur ein Vollgeschoss zulässig sei. Aus Art. 16 BauR ergibt sich denn auch ohne weiteres, dass in der Zone W1 zwei Vollgeschosse realisierbar sind. Im Weiteren hat der Beschwerdeführer in der Replik vom 5. September 2016 (act. 15) anerkannt, dass der in der Zone W1 liegende Teil der Parzelle Nr. 001 nach einer Parzellenmutation zugunsten der südlich angrenzenden Parzelle Nr. 007 nur noch 514 m² und nicht mehr 599 m² beträgt. Diese beiden Rügepunkte erweisen sich demzufolge als gegenstandslos.

- 1.2** 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 Rechtsstreits beizutragen. Der Verzicht auf die Durchführung eines Augenschein ist zulässig, wenn die Akten eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl. 2014, §7 N. 79).

Im vorliegenden Fall ergeben sich die entscheidungsrelevanten tatsächlichen Umstände aus den zur Verfügung stehenden Akten, zu denen auch das Protokoll der Vorinstanz vom 26. Januar 2016 zählt (act. 7.I/29). 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 in erster Linie um Rechtsfragen handelt. Das Obergericht hat deshalb auf die Durchführung eines Augenscheins verzichtet.

- 2.** Nach 16 Abs. 1 lit. a BauG regelt der Regierungsrat die Anrechenbarkeit bei der Ausnützungsberechnung. Gemäss Art. 1 Abs. 1 der kantonalen Bauverordnung (BauV, bGS 721.11) ist die Ausnützungsziffer (AZ) die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche (BGF) der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche. Zur anrechenbaren Bruttogeschossfläche zählen alle für das Wohnen oder das Gewerbe verwendbaren Geschossflächen einschliesslich Gänge, Treppenhäuser, Liftschächte sowie Mauer- und Wandquerschnitte (ohne Konstruktionsstärke der Aussenwand). Bei abgeschrägten Räumen werden Geschossflächen, die eine lichte Raumhöhe von weniger als 1.50 m aufweisen, nicht angerechnet (Art. 1 Abs. 2 BauV). Der Bruttogeschossfläche nicht angerechnet werden dem Wohnen oder dem Gewerbe sowie dem dauernden Aufenthalt nicht oder nur beschränkt dienende Räume wie Kellerräume, Estrichräume, nicht gewerblich genutzte Einstellräume, verglaste und nicht mit Fremdenergie beheizte

Veranden, Vorbauten, Balkone (ausser der Erschliessung von anrechenbaren Räumen dienende Laubengänge), Terrassen und Wintergärten, ferner unterirdische Gewerberäume ohne Arbeitsplätze, insbesondere Lagerräume (Art. 1 Abs. 3 BauV). Als anrechenbare Landfläche gilt die von der Baueingabe erfasste Parzellenfläche, soweit sie ausnutzungsfähig und nicht schon früher baulich ausgenützt worden ist, abzüglich Wald, Gewässer, Strassen und Plätze (ausser Strassen und Plätze, welche der internen Erschliessung des Baugrundstücks dienen). Sofern für den Bau oder die Korrektur öffentlicher Strassen, Trottoirs und Plätze seit Inkrafttreten des Baugesetzes nachweislich Boden abgetreten wurde, so kann dieser zur anrechenbaren Landfläche gerechnet werden (Art. 1 Abs. 4 BauV). Nach Art. 16 BauR gilt in der Zone W1 eine Ausnutzungsziffer von 0.5. Sofern das Baureglement der Gemeinde dies vorsieht, ist die Übertragung der Ausnutzung von einem benachbarten Grundstück innerhalb der gleichen Nutzungszone möglich. Der Ausnutzungstransfer setzt folgendes voraus: a) Die beiden in Frage stehenden Grundstücke sind höchstens durch eine Quartierstrasse oder ein kleines Fliessgewässer voneinander getrennt; b) der Zonenzweck wird nicht unterlaufen; c) es stehen keine anderen öffentlichen Interessen entgegen; d) die betroffene Grundeigentümerschaft hat schriftlich auf die entsprechende Ausnutzung auf ihrem Grundstück verzichtet; e) die zuständige Gemeindebehörde verfügt die Verpflichtung gemäss lit. d als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung und lässt sie im Grundbuch anmerken (Art. 1 Abs. 5 BauV). Gemäss Art. 6 BauR ist in der Gemeinde B___ die Übertragung der Ausnutzung von einem benachbarten Grundstück innerhalb der gleichen Nutzungszone unter den Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 5 BauV möglich.

2.1 Gemäss der Ausnutzungsberechnung des Beschwerdeführers werden die in der Zone W1 liegenden 514 m² für das Bauvorhaben als anrechenbare Fläche bei der Berechnung der Ausnutzungsziffer beansprucht. Das geplante Wohnhaus weist nach dieser Berechnung eine anrechenbare Bruttogeschossfläche von 252.7 m² auf, womit eine Ausnutzungsziffer von 0.49 resultiert (act. 7.I.3/11). Umstritten ist, ob der geplante „Einstellraum“ im Untergeschoss des Wohnhauses ebenfalls zur anrechenbaren Bruttogeschossfläche zu zählen ist. Im Weiteren stellt sich die Frage, ob bei der Berechnung der Ausnutzungsziffer die Fläche des die Parzelle Nr. 001 tangierenden „Laubengangs“ von der anrechenbaren Landfläche hätte abgezogen werden müssen. Zudem ist zu prüfen, ob dem Bauvorhaben allfällige vorgenommene Ausnutzungstransfers entgegenstehen.

2.2 Für die Qualifikation, ob ein Raum zur Bruttogeschossfläche zu zählen ist, kommt es nach Art. 1 Abs. 2 BauV darauf an, ob dieser für das Wohnen oder Gewerbe „verwendbar“ ist. Verwendbar bedeutet, dass die Eignung als Wohn- oder Arbeitsraum ohne wesentliche bauliche Veränderung herbeigeführt werden kann, wobei subjektive Gesichtspunkte keine

Rolle spielen. Es kommt somit weder auf die Bezeichnung eines Raumes in den Plänen noch auf den Parteiwillen an. Ob ein Raum zu Wohn- oder Arbeitszwecken verwendbar ist, ist nur aufgrund dessen objektiver Eignung und nicht der vom Bauherrn beabsichtigten oder bezeichneten Nutzung zu entscheiden (Urteil des Bundesgerichts 1C_42/2016 vom 14. September 2016, E. 3.2). Nicht anrechenbar sind Räume, die sich aufgrund gesundheitspolizeilicher oder feuerpolizeilicher Bestimmungen für den längeren Aufenthalt von Personen nicht eignen (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A. 2011, S. 743 f.). Als Anhaltspunkt für die Verwendbarkeit des Raums können im vorliegenden Fall die wohnhygienischen Vorschriften des Baureglements B___ hinzugezogen werden. Nach Art. 32 Abs. 2 BauR sind die dem dauernden Aufenthalt von Personen dienenden Räume oder Bauten bezüglich Materialien, Konstruktion und Ausstattung so auszugestalten, dass eine einwandfreie Hygiene gewährleistet ist und die Gesundheit nicht gefährdet wird. Insbesondere ist auf eine genügende Belüftung, Belichtung und Ausstattung mit sanitären Einrichtungen zu achten und dass Feuchtigkeit weder eindringen noch durch Kondensat entstehen kann. Gemäss Art. 34 Abs. 2 BauR hat die Fensterfläche bei Wohn- und Schlafräumen mindestens 10 % der Nettobodenfläche zu betragen. Die lichte Raumhöhe von Wohn- und Schlafräumen hat bei neuen Mehrfamilienhäusern mindesten 2.20 m zu betragen (Art. 34 Abs. 3 BauR).

Der strittige als „Einstellraum“ bezeichnete 19.02 m² grosse Raum liegt im Untergeschoss des geplanten Gebäudes neben dem Keller und dem Technikraum. Gemäss dem Grundrissplan weist er eine Raumhöhe von 2.78 m auf. Auf der Südseite des Raums ist ein Fenster mit einer Fläche von 4.33 m² vorgesehen (act. 7.II/22). Aus dem angefochtenen Entscheid geht zudem hervor, dass dieser innerhalb der Wärmedämmung liegt und durch eine Bodenheizung beheizt wird, was vom Beschwerdeführer nicht bestritten wird. Die Vorinstanz hat insofern zutreffend festgestellt, dass der Raum die hygienischen Anforderungen für Wohn- und Schlafräume erfüllt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die effektive Besonnung eventuell durch den bedachten Laubengang eingeschränkt wird, zumal dieser Einwand auch beim geplanten südöstlichen Zimmer im Untergeschoss vorgebracht werden könnte, bei welchem die Anrechnung an die Bruttogeschossfläche unbestritten ist. Allfälligen Lärmimmissionen durch den Technikraum oder dem Wärmeverlust durch die Kellertür könnte zudem ohne wesentliche bauliche Veränderungen mit schall-oder wärmisolierenden Massnahmen begegnet werden. Ausserdem ist der Keller auch direkt von aussen über den Laubengang zugänglich, womit es entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers keineswegs notwendig ist, dafür den „Einstellraum“ als Durchgang zu benutzen. Da subjektive Gesichtspunkte nach dem Gesagten keine Rolle spielen und es alleine auf die objektive Verwendbarkeit des Raums ankommt, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den sogenannten „Einstellraum“ zur

Bruttogeschossfläche hinzugerechnet hat. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, wird die maximale Ausnützungsziffer auch aus anderen Gründen überschritten, womit es sich dabei nicht um einen geringfügigen Verstoss handelt. Deshalb konnte die Vorinstanz die Angelegenheit nicht an die Baubewilligungskommission B___ zur Aussprechung eines baulichen Verbots zurückweisen (Art. 106 Abs. 2 lit. a BauG e contrario).

2.3 In Bezug auf den Laubengang ist mit der Vorinstanz zwar darin übereinzugehen, dass es sich dabei nicht um einen herkömmlichen Laubengang im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BauV handelt, sondern dieser als überdachter befestigter Fussweg zu qualifizieren ist (vgl. Situationsplan Laubengang, act. 7.IV/13). Soweit die Beschwerdegegnerin die Anrechenbarkeit des Laubengangs ebenfalls bestreitet, verhält sie sich diesbezüglich zudem widersprüchlich, ist doch der Laubengang für die Berechnung der Ausnützungsziffer ihres eigenen Wohnhauses an die Landfläche angerechnet worden (act. 30/10). Sämtliche Parteien scheinen jedoch übersehen zu haben, dass im Beilageplan 4 (act. 14/5) des Quartierplans E___, Teil Ost, die Ausnützung der Parzellen Nrn. 002, 001, 003, 006 und 008 geregelt wird. Aus dem festgelegten Ausnützungspotential und der beige gefärbten Fläche auf der Parzelle Nr. 001 geht klar hervor, dass der Laubengang darin zur anrechenbaren Landfläche gezählt wird. Da der Quartierplan inkl. Beilagepläne rechtskräftig genehmigt wurde, ist diese Einstufung als verbindlich zu qualifizieren. Sie steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 4 BauV, wo nur Strassen und Plätze (und keine Fusswege) erwähnt werden, die von der anrechenbaren Landfläche abzuziehen sind. Der vorliegende Fall ist demzufolge nicht vergleichbar mit dem Präjudiz in AR GVP 23/2011 Nr. 3566, in welchem die Anrechenbarkeit einer Zufahrtsstrasse umstritten war, über welche mehrere Grundstücke erschlossen wurden. Folglich kommt das Obergericht zum Schluss, dass der Laubengang zur anrechenbaren Landfläche zu zählen ist, womit der Vorinstanz in diesem Punkt nicht gefolgt werden kann. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die maximale Ausnützungsziffer von 0.5 aufgrund des zur Bruttogeschossfläche zu zählenden „Einstellraums“ auch bei der Anrechnung des Laubengangs zur Landfläche weiterhin überschritten wird ($\underline{252.7 \text{ m}^2} + \underline{19.02 \text{ m}^2} / 514 \text{ m}^2 = 0.529$).

2.4 Aus den mit Eingabe vom 20. März 2017 (act. 29) nachgereichten Akten der Baubewilligungskommission B___ (act. 30/1-18) geht hervor, dass im Jahr 2011 im Sinne einer Gesamtüberbauung gleichzeitig Bewilligungen für die Wohnhäuser auf den Parzellen Nrn. 002, 001, 003 und 006 erteilt wurden. Die entsprechenden Baubewilligungsprotokolle vom 28. Juni 2011 verdeutlichen, dass die Parzellen Nrn. 002 und 003 durch die erfolgte Überbauung eine Übernutzung von 64.00 m² bzw. 42.00 m² aufweisen. Für die erstellten Wohnbauten Assek. Nr. 010 der Beschwerdegegnerin (Parzelle Nr. 003) und Assek. Nr. 004 (Parzelle Nr. 002) und wurde die fehlende Nutzfläche von den Parzellen Nrn. 001 und

006 transferiert. Dies ergibt sich umgekehrt auch aus den Protokollen der Baubewilligungen für die Wohnhäuser Assek. Nr. 005 (Parzelle 006) und Assek. Nr. 009 (Parz. Nr. 001), wonach die vorhandenen Landreserven von 91.00 m² und 37.5 m² auf die Nachbarparzellen übertragen wurden. Daraus kann einerseits der Schluss gezogen werden, dass die Wohnhäuser auf den Parzellen Nrn. 002 und 003 ohne Ausnützungsübertragung gar nicht realisierbar gewesen wären. Andererseits bedeutet dies aber auch, dass nicht die gesamte in der Zone W1 liegende Fläche der Parzelle 001 von 514 m² ausnutzungsfähig ist. Vielmehr bleibt diese mit der erfolgten überschrittenen Ausnutzung der Parzellen Nrn. 002 und 003 belastet. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass das ursprüngliche Baugesuch von 2011 bezüglich der Parzelle Nr. 001 nachträglich abgeschrieben wurde, könnten doch ansonsten durch nachträgliche Baugesuche die Vorschriften über die Nutzungsintensität beliebig umgangen werden.

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid zwar zutreffend festgestellt, dass die vorgenommenen Ausnützungstransfers nicht rechtskonform zustande gekommen sind. Da die Ausnutzungsziffer jedoch grossen Einfluss auf die Dimension der Wohnhäuser hat, hätte es die Vorinstanz nicht einfach bei dieser Feststellung belassen dürfen. Weil ihr nach Art. 3 Abs. 2 BauG die Überwachung des Vollzugs der Baugesetzgebung obliegt und sie deshalb als Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 43 Abs. 1 VRPG gilt, welche zur korrekten Gesetzesanwendung verbindliche Weisungen erlassen kann, wäre es an der Vorinstanz gewesen, zu veranlassen, dass die anrechenbare Landfläche der Bauparzelle Nr. 001 unter Berücksichtigung der vorgenommenen Übertragungen verbindlich festgelegt wird. Vor der entsprechenden Festlegung der maximal zulässigen Nutzung hätte das Baugesuch nicht beurteilt werden dürfen, weshalb diese nachzuholen ist. Da diese Festlegung nicht nachträglich quasi erstinstanzlich durch das Obergericht vorgenommen werden kann, bleibt nichts anderes übrig als die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Als Aufsichtsbehörde hat diese sicherzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen an die Ausnützungsübertragung erfüllt werden und die von der Parzelle Nr. 001 übertragene Nutzung nicht doppelt beansprucht wird. Andernfalls hätte die Vorinstanz konsequenterweise im Sinne von Art. 108 Abs. 2 BauG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den begünstigten Parzellen Nrn. 002 und 003 in Erwägung zu ziehen. In welcher Form und mit welchem Inhalt sie gegenüber der Gemeinde B___ und den begünstigten Grundeigentümern auftreten will, damit die rechtswidrige Situation bereinigt wird, bleibt dem pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz überlassen. Anschliessend hat diese gestützt auf das Ergebnis neu über das auf Parzelle Nr. 001 geplante Bauvorhaben zu befinden.

3. Zusammenfassend ist die Beschwerde somit insofern gutzuheissen, als dass der angefochtene Rekursentscheid aufgehoben wird und die Sache in Bezug auf die Frage der Ausnützungstransfers zu ergänzender Abklärung und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Da das Bauvorhaben vor der Klärung dieser Frage nicht bewilligt werden kann, ist die Beschwerde im Übrigen abzuweisen. Die Problematik der Ausnützungsziffer stellt die geplante Dimension des Bauvorhabens insgesamt in Frage, weshalb eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Bauvolumen nach der Festlegung der zulässigen Ausnützung reduziert werden muss. Bei diesem Ergebnis kann deshalb offen bleiben, ob die Beschwerde hinsichtlich der übrigen Rügen als begründet erscheint oder dem Bauvorhaben noch andere Vorschriften entgegenstehen.
4. Nach Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 59 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Im vorliegenden Fall entspricht das Ergebnis trotz Rückweisung einem Unterliegen des Beschwerdeführers, da das Bauvorhaben nicht bewilligungsfähig ist. Kostenvermindernd ist zu berücksichtigen, dass das Obergericht in den beiden 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 Entscheidegebühr für die drei Verfahren auf je Fr. 1'700.-- festgesetzt. Der Kostenvorschuss von Fr. 1500.-- ist anzurechnen.
- 5.
- 5.1 Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat vor Obergericht die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für ihre notwendigen Kosten und Auslagen. Da der Beschwerdeführer im Ergebnis unterliegt, ist sein Entschädigungsbegehren abzuweisen. Hingegen ist dem Entschädigungsbegehren der im Ergebnis obsiegenden Beschwerdegegner 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.-- 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 Der Anwalt der Beschwerdegegnerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung nach Ermessen festgelegt wird (Art. 4 Abs. 2 AT). Vorliegend ist die Entschädigung innerhalb des für die zweite Fallgruppe – mit vorliegend durchschnittlich schwierigen Sachverhalts- und Rechtsfragen und durchschnittlichem Aufwand – geltenden Rahmens von bis zu Fr. 7'000.-- festzulegen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass kein Augenschein und keine mündliche Verhandlung, jedoch ein zusätzliches Beweisverfahren im Sinne einer Aktenedition durchgeführt wurde. Im Weiteren ist in Betracht zu ziehen, dass sich die Rechtschriften des Rechtsvertreters im parallel laufenden Beschwerdeverfahren O4V 2016 8 weitgehend decken. In Anbetracht dieser Umstände erscheint den vorliegenden Verhältnissen eine Entschädigung von Fr. 5'500.-- für beide Verfahren zusammen als angemessen, plus einem Zuschlag von 4% für die Barauslagen und 8% für die MwSt (total Fr. 6'177.60). Dies führt zu einem Honoraranspruch von Fr. 3'088.80 für dieses Beschwerdeverfahren, welcher zulasten des Beschwerdeführers geht (Art. 59 i. V. m. Art. 24 Abs. 2 VRPG).

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Beschwerde von A1____ wird wie folgt teilweise gutgeheissen: Der angefochtene Rekursentscheid wird insofern aufgehoben und die Sache zu ergänzender Abklärung und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen, als diese die zulasten der Bauparzelle (Nr. 001) vorgenommenen Ausnützungstransfers zwar als nicht rechtskonform bezeichnet, aber es unterlassen hat, auf den begünstigten Parzellen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu prüfen. Die Vorinstanz wird angewiesen, dies nachzuholen und anschliessend gestützt auf das Ergebnis neu über das auf Parzelle 001 geplante Bauvorhaben zu befinden. Es wird festgestellt, dass die im Quartierplan E____ ausdrücklich als Fussweg bezeichnete Fläche an die anrechenbare Landfläche anzurechnen ist. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Dem Beschwerdeführer wird eine Entscheidgebühr von Fr. 1'700.-- auferlegt. Der Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- wird angerechnet.
3. Das Begehren des Beschwerdeführers um Ausrichtung einer Parteientschädigung wird abgewiesen.
4. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'088.80 zu entrichten (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen).
5. **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 oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (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).
6. Zustellung an den Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin je über deren Anwälte, die Vorinstanz sowie die Baubewilligungskommission B____ über deren Anwalt.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Toni Bienz

versandt am: 22.11.17