



Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Die vom Beschwerdeführer gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde an das Bundesgericht wird mit Entscheiddatum vom 19. Oktober 2023 abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. (1C_56/2023).

Urteil vom 15. Dezember 2022

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident M. Hüsler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 22 9
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer 1	A1. und A2.
Beschwerdeführer 2	A3. und A4.
Beschwerdeführer 3	A5. alle vertreten durch: RA AA.
Beschwerdegegnerin	B. AG
Vorinstanz	Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Verfügende Behörde	Baubewilligungskommission C.

Beigeladener

D.

Gegenstand

Baubewilligung

Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 9. Februar 2022

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführer:

1. Es sei der Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 9. Februar 2022 (versandt 15. Februar 2022), 5000.2021-1133, betreffend Rekurs von A1. und A2., C., und Weiteren, gegen den Bau- und Einspracheentscheid der Baubewilligungskommission C. vom 27. Oktober 2021 betreffend Wiederaufbau Einfamilienhaus mit Garage vollumfänglich aufzuheben;
2. es sei der Bau- und Einspracheentscheid der Gemeinde C. betreffend Wiederaufbau Einfamilienhaus mit Garage (Brandfall), Luft/Wasser-Wärmepumpe (Innenaufstellung) vom 27. Oktober 2021 aufzuheben;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.)

b) der Beschwerdegegnerin:

Die Beschwerde sei abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer sowie Teuerungsausgleich gemäss Baupreisindex des Bundesamts für Statistik, Kategorie Neubau Einfamilienhaus der Region Ostschweiz zu Gunsten der Beschwerdegegnerin.

c) der Vorinstanz:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführer.

d) der verfügenden Behörde:

Keine Anträge.

e) des Beigeladenen:

Keine Anträge.

Sachverhalt

- A. D. (nachfolgend: Beigeladener) ist Grundeigentümer der Parzelle Nr. 001, Gemeinde C. Die Parzelle Nr. 001 liegt gemäss kommunalem Zonenplan in der Wohnzone W2. Sie grenzt im Norden und Osten an die Zone übriges Gemeindegebiet ü.G. und im Westen und Süden an die Parzelle Nr. 002 (Grundeigentümer A1. und A2.), welche ebenfalls in

der Zone W2 liegt und mit dem Wohnhaus Assek. Nr. 003 überbaut ist. Auf der Parzelle Nr. 001 stand früher direkt an der westlichen Grenze zur Parzelle Nr. 002 ein Wohnhaus, welches am XX.XX 2014 abgebrannt ist. Die östlich an die Parzelle Nr. 002 anstossende Parzelle Nr. 004 mit dem geschützten Kulturobjekt Assek. Nr. 005 liegt in der Kernzone, welche von einer kommunalen Ortsbildschutzzone überlagert wird.

Auszug aus dem Geoportal GIS AR, Zonenplan Nutzung, Dezember 2022

- B. Mit Eingabe vom 27. Juni 2017 (act. 14.II.28-30) reichte die B. AG bei der Gemeindebaubehörde C. ein Baugesuch ein. Gemäss diesem beabsichtigt sie auf der Parzelle Nr. 001 die Erstellung eines Ersatzbaus anstelle des abgebrannten Gebäudes. Nachdem A1. und A2. gegen das Baugesuch Einsprache erheben liessen, wurde die Behandlung des Baugesuchs von der Bauverwaltung C. am 12. September 2017 (act. 14.II.1) sistiert. Mit Eingabe vom 17. Oktober 2017 (act. 14.III. 40-43) reichte die B. AG ein modifiziertes Baugesuch ein, welches ebenfalls nach dem Eingang mehrerer Einsprachen (u.a. von A1. und A2.) am 19. April 2018 (act. 14.III.1) sistiert wurde.
- C. Mit Eingabe vom 13. April 2018 (act. 11.1.39-41) reichte die B. AG ein Baugesuch für die Erstellung eines redimensionierten Ersatzbaus ein, gegen welches u.a. A1. und A2. mit Eingabe vom 18. Mai 2018 (act. 11.1.27) Einsprache erheben liessen. Mit Bau- und

Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2018 (act. 14.I.1/1) bewilligte die Baubewilligungskommission C. das Bauvorhaben. Gleichzeitig wies sie die dagegen gerichtete Einsprache von A1. und A2. ab. Mit Entscheid vom 5. Mai 2020 (act. 14.I.16) hob das Departement Bau und Volkswirtschaft den Bau- und Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2018 in Gutheissung des Rekurses von A1. und A2. vom 9. Januar 2019 (act. 14.I.1) auf. Begründet wurde der Rekursentscheid u.a. damit, dass sich die Traufhöhe des abgebrannten Gebäudes nicht eindeutig bestimmen lasse. Es bestünden gewichtige Anhaltspunkte, dass diese ausserhalb des abgebrannten Gebäudevolumens zu liegen käme. Damit könne es sich beim geplanten Ersatzbau um keinen Wiederaufbau im früheren Umfang handeln.

- D. Mit Baugesuch vom 17. Juni 2020 (act. 11.2.25-28) reichte die B. AG ein weiteres Baugesuch betreffend Ersatzbau ein, wogegen A5. (Grundeigentümer der Parzelle Nr. 006) mit Eingabe vom 17. August 2020 (act. 8.6.5), A3. und A4. (Grundeigentümer der Parzelle Nr. 007) mit Eingabe vom 18. August 2020 (act. 8.6.3) sowie A1. und A2. mit Eingabe vom 1. September 2020 (act. 8.6.4) Einsprache erhoben. Mit Bau- und Einspracheentscheid vom 1. Dezember 2020 (act. 11.2.9) bewilligte die Baubewilligungskommission C. das Baugesuch und wies gleichzeitig die dagegen gerichteten Einsprachen ab. Mit Entscheid vom 12. April 2021 (act. 11.2.31) hiess das Departement Bau und Volkswirtschaft den dagegen gerichteten Rekurs von A5., A3. und A4. sowie A1. und A2. im Sinne der Erwägungen gut und wies die Sache zur neuen Beurteilung an die Baubewilligungskommission C. zurück. Dabei erwog es, dass das Bauvorhaben weder der Regelbauweise entspreche, noch die Voraussetzungen für den Wiederaufbau unter dem Titel der Bestandesgarantie erfülle, da die dafür einzuhaltende Fünfjahresfrist abgelaufen sei.
- E. Mit Bau- und Einspracheentscheid vom 27. Oktober 2021 (act. 8.1.2) erteilte die Baubewilligungskommission C. (im Folgenden: Verfügende Behörde) für das Bauvorhaben eine Ausnahmegewilligung. Gleichzeitig wies sie die dagegen gerichteten Einsprachen von A5., A3. und A4. sowie A1. und A2. ab.
- F. Mit Eingabe vom 15. November 2021 (act. 8.1) liessen A5., A3. und A4. sowie A1. und A2., alle vertreten durch RA AA., beim Departement Bau und Volkswirtschaft gegen den Bau- und Einspracheentscheid vom 27. Oktober 2021 Rekurs erheben mit dem Antrag, den Bau- und Einspracheentscheid aufzuheben.
- G. Mit Entscheid vom 9. Februar 2022 (act. 2.4) wies das Departement Bau und Volkswirtschaft den Rekurs ab.

- H. Dagegen liessen A1. und A2., A3. und A4. sowie A5. (im Folgenden: Beschwerdeführer 1-3), alle vertreten durch RA AA., mit Eingabe vom 16. März 2022 (act. 1) beim Obergericht Beschwerde erheben, wobei sie eingangs erwähnte Rechtsbegehren stellten.
- I. Mit Schreiben vom 4. April 2022 (act. 6) und 5. April 2022 (act. 7) liessen sich die B. AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) und das Departement Bau und Volkswirtschaft (im Folgenden: Vorinstanz) mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen.
- J. Mit verfahrensleitenden Verfügungen vom 19. Mai 2022 (act. 12) und 5. Oktober 2022 (act. 15) stellte die Verfahrensleitung den Beschwerdeführern die von Amtes wegen beigezogenen Akten von früheren Verfahren sowie die kubische Berechnung der Assekuranz vom 17. November 1961 (act. 16) für 10 Tage zur Einsicht zu.
- K. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1.

- 1.1 Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese hinsichtlich der Form- und Fristerfordernisse erfüllt sind. Die sachliche bzw. funktionale Zuständigkeit des Obergerichts ergibt sich aus Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1), wonach das Obergericht zur Behandlung der Beschwerden gegen letztinstanzliche Verfügungen der Verwaltungsbehörden zuständig ist. Die Beschwerdeführer sind als Adressaten des angefochtenen Rekursentscheides, mit dem die Vorinstanz ihren Rekurs abgewiesen hat, formell beschwert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird in der Regel die Legitimation von Nachbarn, deren Liegenschaften sich in einem Umkreis von bis zu rund 100 m zum strittigen Bauvorhaben befinden, bejaht. Erst bei grösseren Entfernungen muss eine Beeinträchtigung aufgrund der konkreten Gegebenheiten glaubhaft gemacht werden (BGE 140 II 214 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 1C_340/2017 vom 25. Juni 2018 E. 1.2.2). Wird die Legitimation bejaht, kann ein Nachbar die Überprüfung eines Bauvorhabens im Lichte all jener Rechtssätze verlangen, die sich rechtlich oder tatsächlich in dem Sinne auf seine Stellung auswirken, so dass ihm im Falle des Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht. Nicht zulässig ist hingegen das Vorbringen von Beschwerdegründen, mit denen einzig ein allgemeines öffentliches Interesse an der richtigen Anwendung des Rechts verfolgt wird (BGE 133 II 249 E. 1.3.2).

Die Beschwerdeführer 1 sind als Grundeigentümer der Parzelle Nr. 002 unmittelbare Anstösser zur Bauparzelle. Die Parzellen Nrn. 007 (Beschwerdeführer 2) und 006 (Beschwerdeführer 3) liegen innerhalb von 100 m zum geplanten Bauvorhaben. Damit ist bei allen Beschwerdeführern die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache gegeben und sie sind durch den angefochtenen Bauentscheid besonders berührt. Auf die Beschwerde ist unter folgendem Vorbehalt einzutreten: Bei der Beschwerde an das Obergericht handelt es sich um ein devolutives Rechtsmittel. Der Devolutiveffekt bewirkt, dass der Entscheid der Rekursinstanz prozessual die angefochtenen Verfügungen ersetzt und damit alleiniger Anfechtungsgegenstand für einen nachfolgenden Instanzenzug bildet (BGE 136 II 539 E. 4.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1168). Der Bau- und Einspracheentscheid der verfügenden Behörde vom 27. Oktober 2021 ist inhaltlich notwendigerweise mitangefochten, wenn der Rekursentscheid der Vorinstanz mit Beschwerde an das Obergericht weitergezogen wird. Auf das Rechtsbegehren 2, den Bau- und Einspracheentscheid aufzuheben, ist daher nicht einzutreten.

2. Beim Obergericht können mit Beschwerde in Verwaltungssachen grundsätzlich nur Rechtsverletzungen (inbegriffen Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und -unterschreitung) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 56 VRPG). Das Obergericht hat darüber hinaus volle Überprüfungsbefugnis, soweit dies im Gesetz vorgesehen ist oder wenn sein Entscheid an eine Bundesinstanz mit unbeschränkter Überprüfungsbefugnis weitergezogen werden kann. Ein Weiterzug an eine Bundesinstanz mit voller Kognition, welche auch die Ermessenskontrolle umfasst, ist vorliegend nicht gegeben. Da eine volle Überprüfung auch nicht anderweitig gesetzlich vorgesehen ist, bleibt die Kognition des Obergerichts vorliegend auf die Rechts- und Sachverhaltskontrolle beschränkt. Rechtsfragen unterstehen dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*), welcher bedeutet, dass das Gericht an die Rechtsauffassungen der Verfahrensbeteiligten nicht gebunden ist; auch nicht an die von ihnen nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts form- und fristgerecht vorgetragenen Rechtsbehauptungen (BGE 133 V 196 E. 1.4). Daher kann das Obergericht eine Beschwerde aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; vgl. dazu WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, Rz. 1305).
3. Gemäss Art. 94 Abs. 1 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (BauG, bGS 721.1) ist der Weiterbestand, der Unterhalt und die zeitgemässe Erneuerung bestehender Bauten, die der Nutzungsordnung oder den Bauvorschriften nicht entsprechen,

gewährleistet. Eine Zweckänderung oder eine angemessene Erweiterung kann bei Bauten gemäss Abs. 1 gewährt werden, wenn: a) die Bauten ursprünglich rechtmässig erstellt wurden, b) der Widerspruch zum geltenden Recht nicht wesentlich verstärkt wird; c) keine wesentlichen öffentlichen Interessen verletzt werden (Art. 94 Abs. 2 BauG). Der Wiederaufbau im früheren Umfang von Bauten gemäss Abs. 1, die durch Elementargewalt, Feuer und Explosion zerstört wurden, ist innert fünf Jahren seit dem zerstörenden Ereignis zulässig, wenn dadurch nicht wesentliche öffentliche oder nachbarliche Interessen verletzt werden. Unter denselben Bedingungen zulässig ist der freiwillige Abbruch und Wiederaufbau (Art. 94 Abs. 3 BauG).

- 3.1 Die Vorinstanz kam im Rekursentscheid vom 12. April 2021 zum Schluss, dass die fünfjährige Frist gemäss Art. 94 Abs. 3 BauG verwirkt sei, da mehr als fünf Jahre zwischen dem schädigenden Ereignis und dem eingereichten Baugesuch vergangen seien. Es sei dabei nicht entscheidend, ob bereits im Vorfeld weitere Baugesuche eingereicht worden seien. Diese würden zu keiner Unterbrechung der Verwirkungsfrist führen. Der Rekurs der Beschwerdeführer wurde daher gutgeheissen und die Sache zur Prüfung einer Ausnahmegewilligung an die verfügende Behörde zurückgewiesen. Aufgrund der Rückweisung handelt es sich bei dieser Entscheidung um eine Zwischenentscheidung, welcher nicht selbständig anfechtbar war, da der verfügenden Behörde ein Entscheidungsspielraum verblieb (BGE 141 II 353 E. 1.1). Der Rekursentscheid vom 12. April 2021 erwächst demgemäss erst mit dem Endentscheid in Rechtskraft.
- 3.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, die Grundeigentümer und die Beschwerdegegnerin hätten die Fünfjahresfrist gemäss Art. 94 Abs. 3 BauG unbenutzt verstreichen lassen und damit die Bestandesgarantie für eine Baute mit den früheren Dimensionen selbstverschuldet verwirkt.
- 3.3 Zu prüfen ist im Folgenden die Rechtsnatur der Fünfjahresfrist von Art. 94 Abs. 3 BauG, nach deren Ablauf das Wiederaufbaurecht erlischt bzw. wann die Frist als gewährt gilt. Unbestrittenermassen sind seit der Zerstörung des ehemaligen Wohnhauses im 2014 und der Einreichung des streitgegenständlichen Baugesuchs am 17. Juni 2020 mehr als 5 Jahre vergangen. Ginge man davon aus, dass ein Ersatzbau innerhalb der Fünfjahresfrist seit dem schädigenden Ereignis realisiert sein müsste, hätten es sowohl allfällige Einsprecher als auch die Baubewilligungsbehörden und Rechtsmittelinstanzen in der Hand, das Projekt beliebig zu verzögern bzw. nach Ablauf der Frist die Bewilligung für das Bauvorhaben zu verweigern und damit dem Bauherrn die durch die Besitzstandgarantie gewährleistete Baumöglichkeit zu nehmen. Dies kann nicht dem Sinn und Zweck der Fünfjahresfrist entsprechen. Rückschlüsse darauf, wann die Fünfjahresfrist gewährt ist, ergeben sich jedoch

aus den Materialien zu Art. 4 Abs. 3 des mit Inkrafttreten des Baugesetzes aufgehobenen Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Art. 125 Abs. 1 BauG; altEG zu RPG), welcher auch für den Ersatz von durch Elementarereignisse zerstörte Bauten und Anlagen eine Fünfjahresfrist enthielt. Aus S. 7 des Berichts und Antrags an den Kantonsrat vom 18. September 1984 (abrufbar auf: <https://query-staatsarchiv.ar.ch/Dateien/46/D234120.pdf>, zuletzt abgerufen am 12. Dezember 2022) geht hervor, dass diese Regelung das öffentlich-rechtliche Gegenstück zu den hofstattrechtlichen Bestimmungen in Art. 101/102 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB, bGS 211.1) war. Art. 101 Abs. 3 altEG zum ZGB (abgedruckt in der Gesetzessammlung des Kantons Appenzell A.Rh, laufender Band IV, S. 133), welcher ebenfalls mit Inkrafttreten des Baugesetzes am 1. Januar 2004 aufgehoben wurde (Art. 125 Abs. 3 BauG), bestimmte, dass die Fünfjahresfrist für den Wiederaufbau eingehalten ist, *wenn der Bauherr vor ihrem Ablauf die Profilierung vorgenommen hat und ohne schuldhafte Verzögerung zur Bauausführung geschritten ist*. Als Profilierung wird u.a. die Aussteckung eines Bauvorhabens durch Bauprofile bezeichnet, was mit der Visierung gleichzusetzen ist, welche gemäss geltendem Recht nach Art. 102 Abs. 1 BauG *mit der Einreichung des Baugesuchs* vorzunehmen ist. Daher ist Art. 94 Abs. 3 BauG so auszulegen, dass die Fünfjahresfrist eingehalten ist, wenn innert 5 Jahren seit dem zerstörenden Ereignis ein Baugesuch für einen Ersatzbau eingereicht wird und nach erfolgter Baubewilligung der Bau ohne schuldhafte Verzögerung realisiert wird (vgl. z.B. dazu Art. 110 Abs. 1 lit. c des Planungs- und Baugesetzes des Kantons St. Gallen, abrufbar auf: https://www.gesetzessammlung.sg.ch/app/de/texts_of_law/731.1 und Art. 307 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich, abrufbar auf: [http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/5AB0E794177F8302C125849A00483DFF/\\$File/700.1_7.9.75_107.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/5AB0E794177F8302C125849A00483DFF/$File/700.1_7.9.75_107.pdf)).

- 3.4 Im vorliegenden Fall ist als Erstes zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin bereits am 27. Juni 2017 und damit rund zweieinhalb Jahre nach dem Brand ein erstes Baugesuch eingereicht hat. Dieses Baugesuch ist wie dasjenige vom 17. Oktober 2017 sistiert und daher (wie die dagegen gerichteten Einsprachen der Beschwerdeführer 1) nach wie vor hängig. Auch wenn diese Baugesuche nicht unmittelbar Gegenstand dieses Verfahrens bilden, steht damit fest, dass die Beschwerdegegnerin bzw. der Beigeladende lang vor Ablauf der Fünfjahresfrist die Realisierung eines Ersatzbaus anstrebten, womit seit dem Brand ein ununterbrochenes Interesse an einem durch die Besitzstandgarantie gewährleisteten Wiederaufbau des ehemaligen Gebäudes besteht.

Dazu kommt Folgendes: Das Baugesuch, welches dem vorliegenden Verfahren voranging und Gegenstand des ersten Rekursverfahrens war (act. 14.I), wurde von der

Beschwerdegegnerin am 13. April 2018 (und damit klar innerhalb der Fünfjahresfrist) eingereicht und von der verfügenden Behörde nach rund 8 Monaten am 20. Dezember 2018 bewilligt. Den dagegen am 9. Januar 2019 erhobenen Rekurs hat die Vorinstanz nach rund 16 Monaten mit Entscheid vom 5. Mai 2020 gutgeheissen und die Baubewilligung vom 20. Dezember 2018 aufgehoben. Mit anderen Worten haben Baubewilligungsverfahren und Rekursverfahren zusammen 24 Monate gedauert, obwohl die Behandlungsfrist für Baugesuche beim Eingang von Einsprachen im erstinstanzlichen Bewilligungsverfahren 14 Wochen und die Erledigungsfrist von Rekursen im Anwendungsbereich des Baugesetzes ohne formelle Sistierung 6 Monate beträgt (Art. 62 Abs. 1 und 63 Abs. 1 der Bauverordnung, BauV, bGS 721.11). Auch wenn es sich bei diesen Behandlungsfristen "nur" um Ordnungsfristen handelt, hatte deren massive Überschreitung im vorliegenden Fall zur Folge, dass sich während des 16-monatigen Rekursverfahrens, welches nicht mit ersichtlichen Schwierigkeiten verbunden war, das Brandereignis am XX.XX 2019 zum fünften Mal jährte. Diesen Umstand hat die Vorinstanz zu verantworten und kann nicht der Beschwerdegegnerin angelastet werden, welche bereits am 17. Juni 2020 das vorliegende Baugesuch eingereicht hat. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin damit die Fünfjahresfrist nicht unbenutzt und selbstverschuldet verstreichen lassen und die Besitzstandgarantie verwirkt. Vielmehr haben die Vorinstanz und die verfügende Behörde durch die Verfahrensdauer von 24 Monaten das Beschleunigungsgebot verletzt (Art. 29 Abs. 1 BV und Art 3 VRPG). Da der Rekurs vom 9. Januar 2019 ohne formelle Sistierung gemäss Art. 63 Abs. 1 BauV spätestens im August 2019 mit Rekursentscheid hätte erledigt werden müssen und das vorliegende Baugesuch am 17. Juni 2020 (und damit rund einen Monat nach der Eröffnung des Rekursentscheids vom 5. Mai 2020) eingereicht wurde, kann der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren der Ablauf der Fünfjahresfrist nicht entgegengehalten werden. Als Konsequenz ist die Beschwerdegegnerin so zu stellen, als ob die Fünfjahresfrist von Art. 94 Abs. 3 BauG während der Überschreitung der Behandlungsfrist unterbrochen wurde (vgl. WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 194; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 782; BGE 121 I 177 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 2C_10/2022 vom 21. September 2022 E. 4 f.).

In Anbetracht dieser Umstände kommt das Obergericht zum Schluss, dass im vorliegenden Fall die Besitzstandgarantie für das strittige Bauvorhaben anwendbar ist. Im Übrigen gilt es festzuhalten, dass der unverschuldete Ablauf der Fünfjahresfrist für die Beschwerdegegnerin als Härtefall im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. b BauG zu qualifizieren wäre, womit auch bei einer Ausnahmegewilligung der Umfang des abgebrannten Gebäudes zu berücksichtigen ist bzw. dieser als Massstab gelten muss.

4.1 Aus den Baugesuchsunterlagen geht hervor, dass das Bauvorhaben eine Gebäudelänge von 11.96 m und eine Breite von 7.48 m aufweist. Diese Masse entsprechen ohne Weiteres den Massen des ursprünglichen Gebäudes (vgl. dazu die kubische Berechnung der Assekuranz vom 17. November 1961). Im Rekurs vom 9. Januar 2019 machten die Beschwerdeführer 1 auf S. 9 geltend, dass die "Traufhöhe" (wobei es sich nicht um eine Begriffsdefinition des kantonalen Baurechts handelt) beim niedergebrannten Objekt bei 854.80 m ü.M. lag. Aus dem Plan Fassaden & Schnitte ist ersichtlich, dass das Bauvorhaben mit einer geplanten Gebäudehöhe von 3.54 m auch diese "Traufhöhe" nicht überschreitet, obschon in der kubischen Berechnung gar eine ursprüngliche Gebäudehöhe von 5.5 m angegeben ist. Die Kartenüberlagerung des Orthofotos aus dem Jahr 2009 und der amtlichen Vermessung 2019 im kantonalen Geoportal, auf welcher der Umfang des strittigen Bauvorhabens umrandet ist, verdeutlicht zudem, dass der Ersatzbau an derselben Lage wie das ursprüngliche Gebäude positioniert wird.

Auszug aus dem Geoportal GIS AR Dezember 2022, Kartenüberlagerung Amtliche Vermessung und Orthofoto 2009 mit abgebranntem Gebäude, (das Bauvorhaben ist mittels roter Umrandung markiert).

Damit kann der Schluss gezogen werden, dass der Ersatzbau der ehemaligen räumlichen Ausdehnung und damit dem früheren Umfang des abgebrannten Gebäudes entspricht

bzw. diesen geringfügig unterschreitet. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob durch das Bauvorhaben wesentliche öffentliche und nachbarliche Interessen verletzt werden, was sowohl einer Bewilligung im Rahmen der Besitzstandgarantie als auch einer Ausnahmegewilligung entgegenstehen würde (Art. 94 Abs. 3 BauG und Art. 118 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 BauG).

- 4.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, dass es nicht nachvollziehbar sei, weshalb der Beschwerdegegnerin eine Ausnahmegewilligung für die Einhaltung der maximalen Ausnützungsziffer gegeben worden sei. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanzen wäre eine anrechenbare Bruttogeschossfläche von maximal 101.5 m² zulässig gewesen. Dies entspreche einer 4.5-Zimmer-Wohnung. Hinzu kämen bei einem Einfamilienhaus noch grosszügige Nebenflächen. Das Bauvorhaben weise nach Ausführungen der Vorinstanzen jedoch eine anrechenbare Bruttogeschossfläche von insgesamt 114.7 m² auf. Unter dem östlichen Quergiebel habe es beim abgebrannten Gebäude bis auf ein Badezimmer keine anrechenbaren Geschossflächen gegeben. Es läge keine Ausnützungsberechnung für das abgebrannte Gebäude in den Akten. Auch für die Ausnahmegewilligung für die Einhaltung der Grenz- und Gebäudeabstände hätte für jede einzelne Abweichung von den Grenz- und Gebäudeabstandsvorschriften der Nachweis einer unzumutbaren Belastung für die Bauherrschaft erbracht werden müssen. Zudem wäre zumindest zu verlangen gewesen, dass mindestens ein Strassenabstand von 3.6 m und die vorgeschriebene Vorplatztiefe bei der Garage von 5 m eingehalten werde. Ganz wichtig wäre aber gewesen, dass zum Haus der Beschwerdeführer 1 ein genügender Abstand eingehalten werde, auch wenn hier ein privatrechtliches Grenzbaurecht bestehe. Unter Ziff. 2.5 des Entscheids der regionalen Feuerschau heisse es, dass für den Brandschutz ein reduzierter Schutzabstand zwischen Gebäuden mit geringer Höhe von 4 m, wenn die Aussenwände eine äusserste Schicht aus Baustoffen RF1 aufwiesen, einzuhalten sei. Korrekt gemäss der Norm müsste es aber heissen: "4 m, wenn die äusserste Schicht beider Aussenwandkonstruktionen aus Baustoffen der RF1 bestehen." Die Aussenwand der Beschwerdeführer 1 bestehe aber gerade nicht aus Baustoffen der RF. Eine Dispensation von einem Mindestabstand von 4 m hätte daher nur gewährt werden dürfen, wenn die Bauherrschaft verpflichtet worden wäre, die Aussenwand des Hauses der Beschwerdeführer 1 entsprechend brandsicher zu machen. Aufgrund der fehlenden Überbaubarkeit der Parzelle Nr. 001 dränge es sich auf, dieses an der nächsten Zonenplanrevision auszuzonen. Das Baugrundstück befinde sich zudem im Sichtbereich des Schutzobjektes auf Parzelle Nr. 004, weshalb gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. b des Baureglements C. (BauR) erhöhte Anforderungen gelten würden. Die Fensterfront im EG eines neuen Hauses müsste die Höhe der EG-Fenster des Vorbestandes und damit auch die Höhe der Fensterfront im EG des Hauses der Beschwerdeführer übernehmen.

- 4.3 Bestandteil des Baugesuchs bildet eine Ausnützungsberechnung des abgebrannten Einfamilienhauses vom 17. Juni 2020 (act. 11.2.26). Gemäss dieser Berechnung wies das ehemalige Gebäude eine Bruttogeschossfläche von 159.27 m² auf, woraus bei einer anrechenbaren Landfläche von 203 m² eine Ausnützungsziffer von 0.7846 resultierte (Art. 1 Abs. 1 BauV). Demzufolge waren im Erdgeschoss u.a. drei Zimmer, eine Küche mit Essbereich und eine Dusche/WC vorhanden. Im Obergeschoss existierten drei Zimmer. Vergleicht man diese Angaben mit der Steuerschätzung aus dem Jahr 1991 (act. 14.I.8), wonach im Erdgeschoss u.a. Gang, Dusche, WC, Stube, Küche/Essplatz sowie ein Doppelzimmer und im Obergeschoss ein Doppelzimmer und zwei Einzelzimmer vorhanden waren, erscheint die Berechnung der Beschwerdegegnerin als plausibel. Selbst wenn man das Sticklokal mit einer Fläche von 30.05 m² von der anrechenbaren Bruttogeschossfläche von 159.27 m² abzieht, bliebe das Bauvorhaben mit einer anrechenbaren Bruttogeschossfläche von 114.7 m² deutlich unter der ursprünglich vorhandenen Ausnützungsziffer, welche durch die Besitzstandgarantie und die Härtefallregelung von Art. 118 Abs. 1 lit. b BauG gewährleistet ist. Angesichts des Umstands, dass keine Pläne des ursprünglichen Hauses existieren, was angesichts des Brands und dem Baujahr 1900 nicht der Beschwerdegegnerin und dem Beigeladenen angelastet werden kann, muss in diesem Punkt der Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 1386). Dies umso mehr, als dass nicht ersichtlich ist, inwiefern selbst bei einer minimalen Überschreitung der ursprünglichen Ausnützungsziffer wesentliche öffentliche oder private Interessen verletzt würden. Im Übrigen scheinen die Beschwerdeführer zu verkennen, dass das Bauvorhaben in einer W2-Zone geplant ist, in welcher grundsätzlich Wohnbauten mit zwei Geschossen erlaubt sind. Da das ursprüngliche Einfamilienhaus gemäss der Steuerschätzung mindestens 6 Zimmer aufwies, verfängt ihr Verweis auf eine 4.5-Zimmer-Wohnung nicht.
- 4.4 Was die unterschrittenen Grenz- Gebäude- und Strassenabstände anbelangt, so sind diese durch die Besitzstandgarantie und aufgrund der Härtefallregelung von Art. 118 Abs. 1 lit. b BauG gewährleistet. Soweit die Beschwerdeführer eine Vorplatztiefe von 5.0 m fordern, ist darauf hinzuweisen, dass gemäss den alten Orthofotos auch beim abgebrannten Gebäude ein Vorplatz vorhanden war, welcher den geltenden Strassenabstand nicht einhielt und die Positionierung der Garage durch die Lage des abgebrannten Einfamilienhauses vorgegeben ist. Da die Parzelle Nr. 002 gegenüber der geplanten Garage zudem nicht überbaut ist, sind auch in diesem Punkt keine Verletzungen von wesentlichen öffentlichen und privaten Interessen erkennbar. Dies gilt im Übrigen auch für den Abstand zum Haus der Beschwerdeführer 1, da der Ersatzbau

gleich wie das abgebrannte Einfamilienhaus positioniert wird und zudem hier ein Grenzbaurecht besteht (vgl. dazu den Grunddienstbarkeitsvertrag vom 6. August 1964; act. 14.I.6). Zudem ist hervorzuheben, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführern 1 mit einer Reduktion der ursprünglich geplanten "Traufhöhe" entgegengekommen ist, wofür sich aus den Akten keine zwingenden Anhaltspunkte ergeben. In Bezug auf den Brandschutzabstand verkennen die Beschwerdeführer im Weiteren, dass die Feuerschau in Ziff. 2.5 des Entscheids vom 14. Juli 2020 (act. 8.6.28) eine Ersatzmassnahme für *die Unterschreitung des Brandschutzabstands* verfügt hat. Die Aussenwandkonstruktion zum Gebäude Assek. Nr. 003 muss demgemäss mit Variante F (Anhang zu Ziffer 2.4 der Brandschutzrichtlinie, abrufbar auf <https://services.vkg.ch/rest/public/georg/bs/publikation/documents/BSPUB-1394520214-81.pdf/content>) erstellt werden. Variante F beschreibt eine einseitige Ersatzmassnahme, welche sich bei einem Gebäudeabstand von unter 2.0 m eignet und entgegen der Annahme der Beschwerdeführer *nur beim Ersatzbau* vorzunehmen ist. Damit genügt das Bauvorhaben auch den Anforderungen an den Brandschutz.

- 4.5 Soweit die Beschwerdeführer erhöhte Anforderungen an den Ortsbildschutz geltend machen, so wird nicht substantiiert und ist nicht ersichtlich, inwiefern der Ersatzbau im Vergleich zum abgebrannten Gebäude das Kulturobjekt auf Parzelle Nr. 004 beeinträchtigen sollte. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 15 Abs. 2 BauR selbst in Ortsbildschutzzonen gefordert wird, dass sich Ersatzbauten grundsätzlich dem bisherigen Bestand anzupassen haben (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 1C_289/2020 vom 15. März 2021 E. 2.8 f., welches einen Fall in der Gemeinde Lutzenberg betrifft). Damit ist nicht nachvollziehbar, weshalb im vorliegenden Fall ein Ersatzbau ausserhalb der Ortsbildschutzzone mit Umfang, Form und Position des ursprünglichen Gebäudes den Gestaltungsanforderungen entgegenstehen sollte. Aus dem Fotovergleich vom 24. Oktober 2017 (act. 14.III.40) geht zudem hervor, dass auch die Höhe der Fensterfront der EG-Fenster des abgebrannten Gebäudes von der Höhe der Fensterfront im EG des Hauses der Beschwerdeführer 1 abwich. Im Übrigen kann auf E. 8 des Bau- und Einspracheentscheids der verfügenden Behörde vom 27. Oktober 2021 verwiesen werden, zumal dieser in Bezug auf die ästhetische Würdigung der örtlichen Verhältnisse eine erhebliche Entscheidungs- und Ermessensfreiheit zukommt (BGE 145 I 52 E. 3.6). Schlussendlich bildet die geplante Zonenplanrevision nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens.
5. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass sich das Bauvorhaben im Sinne von Art. 94 BauG und Art. 118 BauG als bewilligungsfähig erweist. Die Beschwerde ist damit vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

6. Nach Art. 19 Abs. 3 in Verbindung mit 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. Da die Beschwerdeführer mit ihren Anträgen nicht durchdringen, ist ihnen für das Beschwerdeverfahren eine Entscheidgebühr aufzuerlegen. In Anwendung von Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (GGV, bGS 233.2) erscheint dafür eine Gebühr von Fr. 2'500.-- angemessen. Der Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- wird angerechnet.
7. 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. Da die Beschwerdegegnerin ohne Rechtsvertreter prozessiert hat, sind ihr nur die Auslagen zu ersetzen, welche auf Fr. 200.00 festgesetzt werden. Dies geht ausgangsgemäss zu lasten der Beschwerdeführer, für welche sie solidarisch haften.

Das Obergericht erkennt:

1. Die Beschwerde von A1. und A2., A5., A3. und A4. wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Den Beschwerdeführern wird eine Entscheidgebühr von Fr. 2500.-- auferlegt. Der Kostenvorschuss von Fr. 2500.-- wird angerechnet.
3. Die Beschwerdeführer werden verpflichtet, der Beschwerdegegnerin einen Auslagenersatz von Fr. 200.-- zu bezahlen, für welchen sie solidarisch haften.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist 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. 002 BGG).
5. Zustellung an die Beschwerdeführer über deren Anwalt, die Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin, die verfügende Behörde sowie den Beigeladenen.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. Manuel Hüsser

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 22. Dezember 2022