



**Obergericht Appenzell Ausserrhoden**  
4. Abteilung

**Urteil vom 26. April 2024**

|                    |                                                                                                                                                                         |
|--------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Mitwirkende        | Obergerichtsvizepräsident M. Hüsser<br>Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer<br>Oberrichter E. Graf, P. Louis<br>Obergerichtsschreiber D. Hofmann |
| Verfahren Nr.      | O4V 23 15                                                                                                                                                               |
| Ort des Entscheids | Trogen                                                                                                                                                                  |
| Beschwerdeführer   | <b>A.</b><br><br>vertreten durch: RA AA.                                                                                                                                |
| Beschwerdegegnerin | <b>B. AG</b>                                                                                                                                                            |
| Vorinstanz         | <b>Departement Bau und Volkswirtschaft</b> , Kasernenstrasse 17a,<br>9102 Herisau                                                                                       |
| Verfügende Behörde | <b>Baubewilligungskommission C.</b><br><br>vertreten durch: RA CC.                                                                                                      |
| Gegenstand         | <b>Baubewilligung</b><br>Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements<br>Bau und Volkswirtschaft vom 2. August 2023                                            |

## **Rechtsbegehren**

### **a) des Beschwerdeführers:**

1. In Gutheissung der Beschwerde seien Ziff. 1 des Rekursentscheids des Departements Bau und Volkswirtschaft des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 2. August 2023 bezüglich des Bau- und Einspracheentscheids der Baubewilligungskommission C. vom 12. Dezember 2022 betreffend Überbauung D., Abbruch der bestehenden [...], Parz. Nr. 0001, sowie der Bau- und Einspracheentscheid der Baubewilligungskommission C. betreffend das Baugesuch Nr. 2022-0023 der B. AG, D. 0002 (Abbruch Gebäude Assek. Nr. 0003, 0004 und 0005, Neubau von [...] auf dem Grundstück Nr. 0001, D.) vom 12. Dezember 2022 aufzuheben und die entsprechende Baubewilligung sei zu verweigern;
2. In Gutheissung der Beschwerde seien Ziff. 2 und Ziff. 3 des Rekursentscheids des Departements Bau und Volkswirtschaft des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 2. August 2023 bezüglich des Bau- und Einspracheentscheids der Baubewilligungskommission C. vom 12. Dezember 2022 betreffend Überbauung D., Abbruch der bestehenden [...], Parz. Nr. 0001, aufzuheben und die Staatsgebühr sowie die Parteikosten des Rekursverfahrens seien entsprechend dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens zu verlegen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

### **b) der Beschwerdegegnerin:**

1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers.

### **c) der Vorinstanz:**

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kostenfolge zulasten des Beschwerdeführers.

### **d) der verfügenden Behörde:**

Keine Anträge.

## Sachverhalt

- A. Die B. AG ist Grundeigentümerin der Parzelle Nr. 0001, D. Die rund 10'350 m<sup>2</sup> grosse Parzelle befindet sich in der Wohn- und Gewerbezone 2 (WG2) am Bauzonenrand und ist mit den Gewerbebauten Assek. Nrn. 0003, 0006 und 0005 überbaut. Mit Eingabe vom 28. Januar 2022 (act. 14.13.1) reichte die B. AG bei der Gemeindebaubehörde ein Baugesuch für den Abbruch der bestehenden Gebäude und den Neubau von [...] ein.

*Auszug aus dem Geoportal GIS AR, Amtliche Vermessung, April 2024, grau sind die bestehenden Gewerbebauten, rot die projektierten Wohnhäuser markiert.*

[Abbildung]

- B. Mit Entscheid vom 30. Dezember 2022 (act. 14.13.77) bewilligte die Baubewilligungskommission C. das Bauvorhaben. Gleichzeitig wies sie die dagegen gerichtete Einsprache von A. (act. 14.13.64), Grundeigentümer und Bewohner der nordwestlich angrenzenden Parzelle Nr. 0007 mit dem Wohnhaus Assek. Nr. 0008, ab.
- C. Dagegen liess A., vertreten durch RA AA., mit Eingabe vom 26. Januar 2023 (act. 14.1) Rekurs beim Departement Bau und Volkswirtschaft erheben u.a. mit dem Antrag, den Bau- und Einspracheentscheid aufzuheben und die Baubewilligung zu verweigern.

- D. Mit Entscheid vom 2. August 2023 (act. 3) wies das Departement Bau und Volkswirtschaft den Rekurs im Sinne der Erwägungen ab.
- E. Dagegen liess A. (im Folgenden: Beschwerdeführer), vertreten durch RA AA., mit Eingabe vom 8. September 2023 (act. 1) beim Obergericht Beschwerde erheben, wobei er eingangs erwähnte Rechtsbegehren stellte.
- F. Je mit Schreiben vom 6. November 2023 (act. 11 und 13) liessen sich das Departement Bau und Volkswirtschaft (im Folgenden: Vorinstanz) sowie die B. AG (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen. Die Baubewilligungskommission C. (im Folgenden: verfügende Behörde), vertreten durch RA CC., verzichtete mit Schreiben vom 13. November 2023 (act. 15) auf eine Stellungnahme. Es folgten weitere Eingaben durch den Beschwerdeführer vom 3. Januar 2024 (act. 18) und die Beschwerdegegnerin vom 10. Januar 2024 (act. 19).
- G. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

## **Erwägungen**

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. Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Rekursentscheides, mit dem die Vorinstanz seinen Rekurs abgewiesen hat, formell beschwert. Er ist als Grundeigentümer der Parzelle Nr. 0007 unmittelbarer Anstösser zur Bauparzelle. Damit ist bei ihm die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache gegeben und er ist durch den angefochtenen Bauentscheid besonders berührt. Auf die Beschwerde ist 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; BGE 140 II 353 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 1C\_56/2023 vom 19. Oktober 2023 E. 4.4; WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, Rz. 1305).

3. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 12 Abs. 1 VRPG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu zählt u.a. das Recht auf Prüfung der Parteivorbringen 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). Die Behörde ist zwar nicht verpflichtet, sich zu allen möglichen Aspekten in tatbeständlicher und rechtlicher Hinsicht zu äussern, doch muss zumindest ersichtlich sein, auf welchen grundlegenden Überlegungen ihre Entscheidung basiert. Die Begründungspflicht wird verletzt, wenn es die Behörde unterlässt, in ihrer Entscheidungsfindung gewichtige Behauptungen und Argumente zu berücksichtigen (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 582; BGE 145 IV 99 E. 3; 143 III 65 E. 5.2; 142 III 433 E. 4.3.2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann jedoch geheilt werden, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen befugt ist, welcher der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können (BGE 127 V 431 E. 3d; 126 V 130 E. 2b).

- 3.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, da er in der Rekurschrift und Stellungnahme vom 26. Juni 2023 (act. 4.14) u.a. vorgebracht habe, dass die Beschwerdegegnerin sowohl in ihrer Ausnützungsberechnung in der Baugesuchseingabe als auch in der Neuberechnung vom 2. Juni 2023 (act. 4.12) die anrechenbare Bruttogeschossfläche nicht korrekt berechnet habe, weil sie entgegen Art. 1 Abs. 2 der Bauverordnung (BauV, bGS 721.11) u.a. die Wandquerschnitte nicht in die anrechenbare Bruttogeschossfläche einbezogen habe. Ebenfalls sei die Rüge nicht geprüft worden, dass

die Bruttogeschossflächen der 33 Réduits nur insgesamt 154.60 m<sup>2</sup> und nicht 208 m<sup>2</sup> sowie die Strassenfläche rund 490 m<sup>2</sup> betragen würden.

3.2 Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Entscheid in der Tat nicht mit diesen Rügen auseinandergesetzt, obschon die Frage der Überschreitung der Ausnützungsziffer im vorliegenden Fall das "Killerkriterium" bildet (vgl. dazu unten E. 5). Sie hat vielmehr einseitig auf die modifizierte Flächenberechnung vom 2. Juni 2023 abgestellt, ohne die dagegen gerichteten Vorbringen des Beschwerdeführers im Schreiben vom 26. Juni 2023 zu prüfen. Damit liegt eine Verletzung der Begründungspflicht vor, womit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz zu bejahen ist. Weil es sich bei der Frage, ob die zulässige Ausnützungsziffer eingehalten ist, aber nicht um eine Ermessensfrage handelt, verfügt das Obergericht diesbezüglich über freie Kognition, womit dieser Gehörs-mangel geheilt werden kann.

4. Gemäss Art. 96 Abs. 2 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (BauG, bGs 721.1) gehört zur Baureife von Bauten und Anlagen mit erheblichen Auswirkungen auf die Nutzungs- und Erschliessungsordnung, die Umwelt oder das Orts- und Landschaftsbild oder mit ausserordentlichen Gefahren für die Benutzerinnen und Benutzer sowie die Nachbarschaft zur Baureife ein Sondernutzungsplan. Als Sondernutzungspläne gelten: a) Baulinienpläne, b) Überbauungspläne, c) Erneuerungspläne.

4.1 Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass es sich beim strittigen Bauvorhaben nicht um ein Vorhaben handle, für welches nach Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Sondernutzungsplan verlangt werde. Es stehe fest, dass heute eine hinreichende Erschliessung des Baugrundstücks bestehe. Damit bestehe kein Koordinationsbedarf mit weiteren Strassenbauvorhaben. Das Amt für Umwelt habe zudem im Bau- und Einspracheentscheid vom 1. Dezember 2022 festgehalten, dass keine erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt ersichtlich seien. Ebenfalls vertretbar sei, dass die verfügende Behörde die Ansicht vertrete, dass die gute Gestaltung der Bauten im Hinblick auf das Orts- und Landschaftsbild im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens beurteilt werden könne. Deren Würdigung liege im Rahmen des durch die Gemeindeautonomie gewährleisteten Beurteilungs- und Ermessensspielraums. Im Rekursentscheid vom 13. November 2020 habe sich die Vorinstanz in Bezug auf die Sondernutzungsplanpflicht nicht festgelegt. Demnach erweise sich die Rüge, dass es dem Bauvorhaben zufolge Fehlens eines Sondernutzungsplans an der erforderlichen Baureife fehle, als nicht gerechtfertigt.

4.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Vorinstanz im Rekursentscheid vom 17. November 2020 die Voraussetzungen für eine Sondernutzungsplanpflicht als gegeben betrachtet habe. Damit eine genügende verkehrsmässige Erschliessung für eine

Überbauung der vorliegenden Grössenordnung gegeben sei, habe das Strassenprojekt "Verlängerung E." bewilligt und realisiert werden müssen. Eine Überbauung mit [...] führe zweifellos zu erheblichem Mehrverkehr und habe damit erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt im Sinne von Art. 96 Abs. 2 BauG. Das Bauprojekt befinde sich an präserter und empfindlicher Lage auf der Kuppe des D. und habe alleine schon deswegen erhebliche Auswirkungen auf das Orts- und Landschaftsbild. Desweitem solle das Bauprojekt am Rande zur Landwirtschaftszone und einem Naherholungsgebiet realisiert werden. Die sehr grosse Überbauung mit [...] stehe im starken Kontrast zur landwirtschaftlichen Umgebung. Zudem seien Terrainveränderungen notwendig.

- 4.3 Aus den Akten ergibt sich, dass zur Verbesserung der Erschliessungssituation das Strassenbauprojekt "Verlängerung E." bewilligt und realisiert wurde. Im kommunalem Strassenverzeichnis ist die E. als Quartierserschliessungsstrasse (QES) klassiert, womit sie auf eine Erschliessung von bis zu 250 Wohneinheiten konzipiert ist. Gemäss E-Mail der verfügenden Behörde vom 31. Mai 2023 (act. 14.16) erschliesst die E. gegenwärtig 136 Wohneinheiten, womit sie den Mehrverkehr, welcher durch die geplanten [...] entsteht, ohne Weiteres aufnehmen kann. Da das Bauvorhaben damit hinreichend erschlossen ist, kann eine erhebliche Auswirkung auf die Erschliessungsordnung und die Umwelt im Sinne von Art. 96 Abs. 2 BauG verneint werden. Damit ist kein Erlass eines Baulinienplans, mit welchem die Erschliessung bestimmter Teilgebiete geregelt wird (Art. 38 Abs. 1 BauG), erforderlich, wobei offen gelassen werden kann, ob es sich beim rechtskräftig bewilligten Strassenbauprojekt bereits um einen Sondernutzungsplan handelt (BGE 117 I 35 E. 2). Wie die Vorinstanz zudem zutreffend ausführt, lässt sich den Gesetzesmaterialien zu Art. 96 Abs. 2 BauG entnehmen, dass darunter grössere Bauvorhaben zu verstehen sind, welche im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Planungspflicht nach Art. 2 des Raumplanungsgesetzes (RPG, SR 700) unterliegen. Darunter fallen in erster Linie zonenwidrige Bauten und Anlagen, welche erhebliche Auswirkungen auf die örtliche Planung oder die Umwelt haben, so dass dafür keine Ausnahmegewilligungen erteilt werden können (vgl. dazu die Urteile des Bundesgerichts 1C\_800\_/2013 vom 29. April 2014 E. 2.1.2; 1C\_57/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 2.1 und die Kasuistik bei: TSCHANNEN, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen, Praxiskommentar RPG, Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, 2019, N. 50 zu Art. 2 RPG). Mit dem strittigen Bauvorhaben sind Wohnhäuser geplant, welche in der Wohn- und Gewerbezone zonenkonform sind (Art. 22 Abs. 1 BauG), womit sie nicht der Planungspflicht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterliegen. Der Beschwerdeführer begründet denn auch nicht, inwiefern das strittige Bauvorhaben durch Sonderbauvorschriften präzisiert werden soll (Art. 39 Abs. 3 BauG). Zudem substantiiert er nicht, weshalb das Bauvorhaben den geltenden Einordnungs- und Ästhetikvorschriften widerspricht, womit diesbezüglich auf E. 5 des Bau- und Einspracheentscheids vom

12. Dezember 2022 verwiesen werden kann. Infolgedessen stand es durchaus im Ermessen der Gemeinde, auf den Erlass eines Sondernutzungsplans zu verzichten.

5. Nach Art. 16 Abs. 1 lit. a BauG regelt der Regierungsrat die Anrechenbarkeit bei der Ausnützungsberechnung. Gemäss Art. 1 Abs. 1 BauV 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 ausnützungsfähig und nicht schon früher baulich ausgenutzt 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. 32 des Baureglements (BauR) gilt in der Zone WG2 eine Ausnützungsziffer von 0.5.
- 5.1 Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, es sei nicht zu beanstanden, dass die "Réduits" nicht zur anrechenbaren Bruttogeschossfläche gezählt worden seien, da diese die wohngygienischen Vorschriften des Baureglements nicht einhalten würden. Den Baugesuchsunterlagen sei zu entnehmen, dass die Konstruktionsstärke der Aussenwände nicht zur anrechenbaren Bruttogeschossfläche gezählt worden sei, was sich als korrekt erweise. Deshalb seien auch die Fensternischen davon auszunehmen, zumal diese zu Wohnzwecken auch nicht nutzbar seien. Damit ergebe sich, dass die in der modifizierten Berechnung der Ausnützungsziffer vom 2. Juni 2023 ausgewiesene anrechenbare Bruttogeschossfläche von 4'967 m<sup>2</sup> (5'175 m<sup>2</sup> - 208 m<sup>2</sup>) nicht zu beanstanden sei. Die Drittgrundstücke miteinschliessende Verkehrsfläche sei von der anrechenbaren Landfläche abzuziehen. In der modifizierten Berechnung der Ausnützungsziffer vom 2. Juni 2023 weise die Beschwerdegegnerin eine Verkehrsfläche von 409 m<sup>2</sup> aus, womit sich die anrechenbare Landfläche auf 9'941 m<sup>2</sup> (10'350 m<sup>2</sup> - 409 m<sup>2</sup>) reduziere. Bei einer ermittelten anrechenbaren

Bruttogeschossfläche von 4'967 m<sup>2</sup> und einer anrechenbaren Landfläche von 9'941 m<sup>2</sup> resultiere eine Ausnützungsziffer von 0.49. Damit sei das Bauvorhaben mit der Ausnützungsziffer von 0.5 vereinbar.

5.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass der als "Réduit" bezeichnete Raum in der Wohnung D.2.01 in Level 03 im Grundrissplan eine Bodenfläche von 9 m<sup>2</sup> aufweise. Diese Fläche sei etwas zu klein, weil auch die vor dem Fenster liegende Fläche dazu zu rechnen wäre, so dass sich die Fläche auf rund 10 m<sup>2</sup> belaufe. Der Raum habe zudem ein 2.6 m<sup>2</sup> grosses Fenster, befinde sich mitten in der Wohnung und liege innerhalb der Wärmedämmung. Er sei somit ohne Weiteres zu Wohn- und Arbeitszwecken verwendbar, womit seine Fläche der Bruttogeschossfläche anzurechnen sei. Auch die übrigen "Réduits" seien der Bruttogeschossfläche anzurechnen, da sie mit den jeweiligen Wohnungen verbunden und vollständig in diese integriert seien. Die Flächen aller "Réduits" zusammen würden gemäss den Baueingabeplänen insgesamt 154.60 m<sup>2</sup> betragen. Ziehe man diese von der anrechenbaren Bruttogeschossfläche gemäss Baueingabe von insgesamt 5'175 m<sup>2</sup> ab, ergebe sich eine Bruttogeschossfläche von insgesamt 5'020.40 m<sup>2</sup> und nicht von 4'967 m<sup>2</sup>. Die Beschwerdegegnerin habe zudem entgegen Art. 1 Abs. 2 BauV die Wandquerschnitte und die Flächen vor den Fenstern, welche in die Aussenmauer ragten, in den Räumen aller Häuser nicht berücksichtigt. Die anrechenbare Bruttogeschossfläche sei damit noch einiges grösser als die 5'175 m<sup>2</sup>, von denen die Beschwerdegegnerin in der Baueingabe ausgegangen sei. Über das Baugrundstück verlaufe eine Strasse, die auch zwei Nachbarparzellen erschliesse und die eine Fläche von 490 m<sup>2</sup> aufweise. Die anrechenbare Landfläche belaufe sich damit gemäss Art. 1 Abs. 4 BauV auf 9'860 m<sup>2</sup> und nicht auf 9'941 m<sup>2</sup>. Damit ergebe sich eine Ausnützungsziffer von mehr als 0.525, womit die zulässige Ausnützungsziffer von 0.5 massiv überschritten werde.

5.3 Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen u.a. ein, dass bei den "Réduits" auch die Konstruktionsstärke der Aussenwände von der anrechenbaren Bruttogeschossfläche abzuziehen sei.

5.4 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. Sep-

tember 2016 E. 3.2). Für die Frage der Anrechenbarkeit ist entscheidend, ob der Raum nicht nur einen Sachzweck erfüllt, sondern für die Ausübung menschlicher Tätigkeiten und damit für den Aufenthalt von Personen bestimmt ist. Massgebend ist, ob ein Gebäudeteil aufgrund seines Ausbaus bewohnt werden bzw. als Arbeitsraum dienen kann oder nicht. Genügt ein Gebäudeteil sämtlichen Anforderungen, die an Wohn- oder Arbeitsräume gestellt werden, so ist er ohne Weiteres rechtlich als solcher zu behandeln. Trifft dies nicht zu, ist im Sinn einer Gesamtwürdigung zu prüfen, in welchem Ausmass der tatsächliche Zustand die an einen Wohn- und Arbeitsraum gerichteten Anforderungen verletzt (FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl. 2019, S. 941; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2011.00389 vom 23. November 2011 E. 4.2.1). Als Anhaltspunkt für die Verwendbarkeit des Raums können im vorliegenden Fall die wohnhygienischen Vorschriften des Baureglements hinzugezogen werden. Nach Art. 71 Abs. 1 BauR muss die Nettobodenfläche von Wohn- und Schlafräumen in Mehrfamilienhäusern mindestens 10 m<sup>2</sup> betragen. Die lichte Raumhöhe hat mindestens 2.30 m zu betragen (Art. 71 Abs. 2 BauR). Nach Art. 72 Abs. 1 BauR hat die im Rahmenlicht gemessene Fensterfläche mindestens 10 % der Nettobodenfläche zu betragen. Wohn- und Schlafräume sind natürlich zu belüften. Alle übrigen dem Aufenthalt von Personen dienenden Räume wie Arbeitsräume, Küchen und Sanitärräume müssen mit einer ausreichenden, natürlichen oder künstlichen Belüftung versehen sein (Art. 73 Abs. 1 und 2 BauR).

- 5.5 Wie bereits oben in E. 3 erwähnt, liess die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz mit E-Mail vom 2. Juni 2023 eine modifizierte Ausnützungsberechnung zustellen. Vorab gilt es dazu festzuhalten, dass die erforderlichen rechnerischen Nachweise und die Raumaufteilung nach Art. 47 Abs. 1 lit. a und c BauV Bestandteil des Baugesuchs bilden müssen und damit grundsätzlich nicht erstmals in einem Rechtsmittelverfahren beurteilt werden können. Von der ursprünglichen Bruttogeschossfläche zieht die Beschwerdegegnerin in der Berechnung vom 2. Juni 2023 neu 208 m<sup>2</sup> für [...] Abstellräume ab, ohne diese Fläche rechnerisch oder planerisch zu belegen. Soweit die über volle Kognition verfügende Vorinstanz diese Flächenangabe überhaupt überprüft hat, schien sie in E. 5e des angefochtenen Entscheids offenbar übersehen zu haben, dass die Konstruktionsstärke der Wände bereits bei der ursprünglichen Berechnung der Bruttogeschossfläche abgezogen wurde (vgl. dazu die Baueingabepläne 1:100 Level -01, 00, 01, 02 und 03 und die ursprüngliche Ausnützungsberechnung, act. 4.13; sowie Ziff. 15 der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 13. März 2023, act. 14.8). Folglich können die Querschnitte der Aussenwände bei den einzelnen "Réduits" nicht nochmals zum Abzug gebracht werden. Die modifizierte Fläche der Abstellräume von 208 m<sup>2</sup> ist damit entgegen Art. 47 Abs. 1 lit. a BauV rechnerisch nicht nachgewiesen. Daher ist mit dem Beschwerdeführer darin übereinzugehen, dass die Fläche

der "Réduits" gemäss den aufgelegten Baueingabeplänen insgesamt  $154.60 \text{ m}^2$  und nicht  $208 \text{ m}^2$  beträgt (act. 4.6).

Was den als "Réduit" bezeichneten Raum in der Wohnung D.2.01 in Level 03 anbelangt, ist dem Beschwerdeführer ebenfalls zuzustimmen, dass bei diesem (wie auch den anderen Räumen) die vor dem Fenster liegende Fläche zur Bruttogeschossfläche dazuzurechnen ist. Der Grund liegt darin, dass nur bei abgeschrägten Räumen Geschossflächen, die eine lichte Raumhöhe von weniger als  $1.50 \text{ m}$  aufweisen, von der Anrechnung ausgenommen werden (Art. 1 Abs. 2 BauV). Damit weist der betreffende Raum eine Nettobodenfläche von ca.  $9.7 \text{ m}^2$  auf. Da die übrigen wohnhygienischen Voraussetzungen für Wohnräume eingehalten sind, ist diese minimale Unterschreitung der Nettobodenfläche als unwesentlich zu bezeichnen, zumal der Raum mitten in der Wohnung und innerhalb der Wärmedämmung zu liegen kommt. Der Raum könnte damit ohne Weiteres als Büro-Arbeitsplatz, Ankleide- oder Bastelraum benutzt werden. Unter diesen Umständen ist von einer Anrechenbarkeit dieses "Réduits" auszugehen, womit mindestens  $9.7 \text{ m}^2$  zusätzlich an die massgebliche Bruttogeschossfläche anzurechnen sind.

Aufgrund dessen können bei der Berechnung der Bruttogeschossfläche für die "Réduits" höchstens  $144.9 \text{ m}^2$  ( $154.60 \text{ m}^2 - 9.7 \text{ m}^2$ ) abgezogen werden, woraus eine anrechenbare Bruttogeschossfläche von mindestens  $5030.1 \text{ m}^2$  ( $5'175 \text{ m}^2 - 144.9 \text{ m}^2$ ) resultiert. Wie sich nachfolgend zeigen wird, wird bereits mit dieser Fläche die zulässige Nutzungsintensität deutlich überschritten. Damit kann offen gelassen werden, inwiefern sich anrechenbare Bruttogeschossflächen durch die Anrechnung sämtlicher vor den Fenstern liegenden Bodenflächen zusätzlich erhöht und ob auch bei einzelnen anderen "Reduits" von einer Anrechenbarkeit an die Bruttogeschossfläche auszugehen ist.

- 5.6 Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz sind zutreffend davon ausgegangen, dass die Strassenflächen auf der Parzelle Nr. 0001, welche Drittgrundstücke miter-schliessen, von der anrechenbaren Landfläche abzuziehen sind. Diesbezüglich hält die Beschwerdegegnerin erstmals mit E-Mail vom 2. Juni 2023 fest, dass die Strassenfläche  $409 \text{ m}^2$  betrage. Auch diese Fläche wurde von der Beschwerdegegnerin weder im Rekurs- noch im Beschwerdeverfahren rechnerisch nachgewiesen und offenbar von der Vorinstanz ohne Würdigung übernommen, obschon der Beschwerdeführer mit der Stellungnahme vom 26. Juni 2023 eine Flächenberechnung gemäss Umgebungsplan (act. 4.7) eingereicht hat, woraus sich eine Strassenfläche von insgesamt  $490 \text{ m}^2$  ergibt. Diese vorgenommene Bemessung und Berechnung erscheint plausibel, womit mangels rechnerischen Nachweises durch die Beschwerdegegnerin von deren Korrektheit auszugehen ist (vgl. dazu auch Art. 10 Abs. 4 VRPG). Infolgedessen steht für das Bauvorhaben anstatt  $9'941 \text{ m}^2$  nur eine anrechen-

bare Grundstückfläche von 9'860 m<sup>2</sup> (10'350 m<sup>2</sup> - 490 m<sup>2</sup>) zur Verfügung. Sollte die Beschwerdegegnerin bei einer allfälligen Projektänderung an der Strassenfläche von 409 m<sup>2</sup> festhalten, wäre dies von ihr nachvollziehbar zu belegen.

- 5.7 Daraus ergibt sich, dass aufgrund der auf der Parzelle Nr. 0001 zulässigen Ausnützungsziffer von 0.5 lediglich ein Bauvorhaben mit einer Bruttogeschossfläche von maximal 4'930 m<sup>2</sup> (0.5 x 9860 m<sup>2</sup>) realisiert werden kann. Die geplanten anrechenbaren Bruttogeschossflächen im Umfang von mindestens 5030 m<sup>2</sup> übersteigen diesen Wert beträchtlich. Dass dafür ein Ausnahmegrund im Sinne von Art. 118 BauG bestehen könnte, hat die Beschwerdegegnerin nicht dargetan und ein solcher ist auch nicht ersichtlich. Ebenso wenig kann in diesem Beschwerdeverfahren über einen Ausnützungstransfer entschieden werden (Art. 1 Abs. 5 BauV), zumal das geltende Baureglement gar keinen solchen vorsieht. Die Behebung dieses Mangels erfordert eine wesentliche Projektänderung und damit ein neues Baugesuch (Art. 41 Abs. 2 BauV), weshalb eine Korrektur durch Auflagen oder Bedingungen nicht in Frage kommt (AR GVP 23/2011 Nr. 3566, S. 47). Damit erweist sich das Bauvorhaben in der vorliegenden Form nicht als bewilligungsfähig.
6. Zusammenfassend steht damit fest, dass das Bauvorhaben aufgrund der erheblichen Überschreitung der zulässigen Bruttogeschossfläche nicht hätte bewilligt werden dürfen. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet und ist gutzuheissen.
7. 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. Weil die Beschwerdegegnerin mit ihren Begehren nicht durchdringt, ist ihr die Entscheidgebühr aufzuerlegen. In Anwendung von Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (GGV, bGS 233.2) erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 3'500.-- als angemessen. Diese ist ausgangsgemäss der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Gerichtskasse ist zudem anzuweisen, dem Beschwerdeführer den Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- zurückzuerstatten.
- 8.
- 8.1 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.

8.2 RA AA., welche den Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren vertrat, hat keine Kostennote eingereicht. Vorliegend ist von einem mittleren Fall auszugehen, bei welchem durchschnittlich schwierige Rechtsfragen zu beantworten waren. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Rechtsvertreterin den Beschwerdeführer bereits im Rekursverfahren vertrat. Dem Aufwand und den Anforderungen angemessen erscheint daher ein Honorar in der Höhe von Fr. 4'500.--. Dazu kommt praxisgemäss ein Zuschlag von 4% für die Barauslagen, 7.7% für die Mehrwertsteuer im Jahr 2023 und 8% im Jahr 2024, wobei durch die Beschwerdeschrift etwa 75% des Aufwands im Jahr 2023 entstanden sind. Dies führt zu einer Entschädigung von insgesamt Fr. 5'043.90 ( $3'375 \times 1.04 \times 1.077$ ) + ( $1'125 \times 1.04 \times 1.08$ ) zugunsten des Beschwerdeführers und zulasten der Beschwerdegegnerin.

9. Aufgrund der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids obsiegt der Beschwerdeführer nachträglich im Rekursverfahren. Die Sache ist infolgedessen in Bezug auf die Neuverlegung der Kosten und Entschädigungen des Rekursverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **Das Obergericht erkennt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde werden der Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 2. August 2023 aufgehoben und das Baugesuch betreffend Abbruch der bestehenden Gebäude und den Neubau von [...] auf der Parzelle Nr. 0001, GB [...], verweigert.
2. Der B. AG wird eine Entscheidgebühr von Fr. 3'500.-- auferlegt.
3. Die Gerichtskasse wird angewiesen, dem Beschwerdeführer den Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- zurückzuerstatten.
4. Die B. AG wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 5'043.90 (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) für das Beschwerdeverfahren zu bezahlen.
5. In Bezug auf die Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.
6. **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. 103 BGG).
7. Mitteilung an:
  - RA AA., mit Gerichtsurkunde
  - B. AG, mit Gerichtsurkunde
  - Departement Bau und Volkswirtschaft, mit Gerichtsurkunde
  - RA CC., mit Gerichtsurkunde

nach Rechtskraft an:

- die Gerichtskasse (im Dispositiv), interne Post

## **Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts**

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. Manuel Hüsser

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 1. Mai 2024