



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
4. Abteilung

Urteil vom 23. Mai 2024

Mitwirkende	Obergerichtspräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 23 20
Ort des Entscheids	Trogen
Beschwerdeführerin 1	A.
Beschwerdeführerin 2	B. beide vertreten durch: RA AB.
Beschwerdegegner	C. und D. vertreten durch: RA CD.
Vorinstanz	Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Verfügende Behörde	Baubewilligungskommission E.
Gegenstand	Neubau Einfamilienhaus Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 4. September 2023

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführerinnen:

1. In Gutheissung der Beschwerde sei der Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 4. September 2023 in der Sache D. und C. gegen A. und B. betreffend Neubau Einfamilienhaus auf Parz. Nr. xxx; Assek. Nr. xzxz, F., E. (Baugesuche vom 06.10.2020) aufzuheben.
2. Die Baubewilligung für den Neubau des Einfamilienhauses auf Parz. Nr. xxx, Assek. Nr. xzxz, F., E. (xxzz-xzx und BKD Nr. xxzz-xyyy) sei zu verweigern.
3. Es sei der Ausnützungstransfer auf der Parz. Nr. xxx, Assek. Nr. xzxz, F., E., von 37.5 Quadratmeter, zu Gunsten der Parz. Nr. xxyy und Nr. yyy in E. vor Erteilung einer Baubewilligung auf der Parz. Nr. xxx, behördlich festzustellen und im Grundbuch zu Lasten der Parzelle Nr. xyx (recte: xxx) und zu Gunsten der Parzellen Nrn. xxyy und yyy einzutragen.
4. Es sei die Landfläche auf der Parz. Nr. xxx, Assek. Nr. xzxz, F., E., behördlich festzulegen.
5. Eventualiter sei bei der Gutheissung der Verletzung der Begründungsdichte der Entscheidung der Vorinstanz aufzuheben und zur neuen Redaktion zurückzuweisen.
6. Eventualiter sei bei Gutheissung der Rechtsverweigerung die Vorinstanz anzuweisen, den Ausnützungstransfer auf der Parzelle Nr. xxx, Assek. Nr. xzxz, F., E., innert gerichtlich anzusetzender Frist beim zuständigen Grundbuchamt als öffentlich-rechtliche Einschränkung eintragen zu lassen. Subeventualiter sei die Vorinstanz innert angemessener Frist anzuweisen, den Ausnützungstransfer auf der Parzelle Nr. xxx, Assek. Nr. xzxz, F., E., behördlich vor Erteilung einer Baubewilligung festzulegen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegner.

b) der Beschwerdegegner:

1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beschwerdeführerinnen.

c) der Vorinstanz:

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

d) der verfügenden Behörde:

(Keine Anträge)

Sachverhalt

- A. C. und D. sind Eigentümer der Parzelle Nr. xxx an der G. am nördlichen Siedlungsrand der Gemeinde E. Die Fläche der Parzelle Nr. xxx beträgt rund 1795 m², wovon gemäss kommunalem Zonenplan Nutzung 514 m² in der Wohnzone XZ 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 G. her gewährleisten soll. Im Gegensatz zu den Parzellen Nrn. xxyy, yyy und yyxx, welche in der Zone XZ mit Wohnhäusern überbaut sind, ist die Parzelle Nr. xxx noch nicht überbaut.

Auszug aus dem Geoportal GIS AR, Zonenplan Nutzung, Mai 2024

[Grafik]

- B. Die Wohnhäuser auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy überschreiten die in der Zone XZ geltende Ausnützungsziffer, wobei die fehlende "Nutzfläche" mit Erteilung der Baubewilligungen vom 28. Juni 2011 von den Parzellen Nrn. xxx und yyxx transferiert wurden (act. 7.I.1/12-15).
- C. Am 19. Mai 2015 reichte C. ein Baugesuch (Projektänderungsgesuch) betreffend den Neubau eines Einfamilienhauses ein. Mit Entscheid vom 14. Juli 2015 bewilligte die Baubewilligungskommission E. das Gesuch und wies die dagegen gerichteten Einsprachen von H. und A., damals Grundeigentümer der Parzelle Nr. xxyy, I. und B. (damals Grundeigentümer der Parzelle Nr. zxz) sowie J. (damals Grundeigentümerin der Parzelle Nr. yyy) ab. Die dagegen gerichteten Rekurse hiess das Departement Bau und Volkswirtschaft mit Entscheid vom 13. April 2016 gut und hob den Bau- und Einspracheentscheid der Baubewilligungskommission auf. Das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden hiess die dagegen gerichtete Beschwerde von C. mit Entscheid vom 28. September 2017 (act. 7.I.7.3.3/4) teilweise gut. Es hob die angefochtenen Rekursentscheide auf und wies die Sache zu ergänzender Abklärung und zu neuem Entscheid insofern an das Departement Bau und Volkswirtschaft zurück, als dieses die zulasten der Bauparzelle Nr. xxx vorgenommenen Ausnützungstransfers zwar nicht als rechtskonform bezeichne, es aber unterlassen habe, auf den begünstigten Parzellen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu prüfen. Das Obergericht wies das Departement an, dies nachzuholen und anschliessend gestützt auf das Ergebnis neu über das auf Parzelle Nr. xxx geplante Bauvorhaben zu befinden. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen. Auf eine gegen dieses Urteil gerichtete Beschwerde von C. trat das Bundesgericht mit Urteil 1C_8/2018 vom 4. Juli 2018 nicht ein.

- D. Nachdem C. das Baugesuch vom 19. Mai 2015 zurückgezogen hatte, reichten C. und D. mit Eingabe vom 6. Oktober 2020 bei der Baubewilligungskommission E. ein neues Baugesuch für den Neubau eines Einfamilienhauses auf der Parzelle Nr. xxx ein (act. 7.I.7.1). Dagegen erhoben u.a. B. und A. mit Eingaben vom 26. November 2020 (act. 7.I.7.3.1) und 30. November 2020 (act. 7.I.7.3.2) erneut Einsprache.
- E. Mit Entscheid vom 16. Februar 2023 (act. 7.I.1.11) bewilligte die Baubewilligungskommission E. das Bauvorhaben und wies die dagegen gerichteten Einsprachen von A. und B. ab.
- F. Dagegen liessen A. (die zwischenzeitlich Miteigentümerin der Parzelle Nr. yyy geworden ist und jetzt auch an der Adresse "K." wohnt, vgl. dazu S. 4 des Augenscheinprotokolls vom 3. Juli 2023; act. 7.I.9) und B. (jetzt Alleineigentümerin der Parzelle Nr. zxz), beide vertreten durch RA AB., mit Eingabe vom 23. März 2023 (act. 7.I.1) beim Departement Bau und Volkswirtschaft Rekurs erheben mit den Anträgen, den Bau- und Einspracheentscheid aufzuheben und das Baugesuch zu verweigern.
- G. Mit Entscheid vom 4. September 2023 (act. 2.1) hiess das Departement Bau und Volkswirtschaft den Rekurs gut, insofern die Bewilligung eines Sitzplatzes im Grünbereich gerügt wurde. Im Übrigen wies es den Rekurs ab.
- H. Dagegen liessen A. und B. (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen 1 und 2), beide vertreten durch RA AB., mit Eingabe vom 5. Oktober 2023 (act. 1) beim Obergericht Beschwerde erheben, wobei sie eingangs erwähnte Rechtsbegehren stellten.
- I. Mit Eingaben vom 26. Oktober 2023 (act. 6) und 16. November 2023 (act. 8) liessen sich das Departement Bau und Volkswirtschaft (im Folgenden: Vorinstanz) sowie C. und D. (im Folgenden: Beschwerdegegner), vertreten durch RA CD., mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen.
- J. 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 Fristenfordernisse 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 Beschwerdeführerinnen sind als Adressatinnen des angefochtenen Rekursentscheides, mit dem die Vorinstanz ihren Rekurs abgewiesen hat, formell beschwert. Sie sind als Grundeigentümerinnen der Parzellen Nrn. yyy und zxz unmittelbare Anstösserinnen zur Bauparzelle. Damit ist bei ihnen die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache gegeben und sie sind durch den angefochtenen Bauentscheid besonders berührt. Auf die Beschwerde ist unter Folgendem Vorbehalt einzutreten: Nicht eingetreten werden kann auf das Rechtsbegehren 3, es sei der Ausnützungstransfer auf der Parz. Nr. xxx zu Gunsten der Parz. Nrn. xxyy und yyy behördlich festzustellen und im Grundbuch einzutragen. Dieser Antrag liegt zum einen ausserhalb des Streitgegenstands. Andererseits ist der Erlass einer Feststellungsverfügung nur zulässig, wenn ein schutzwürdiges, mithin rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachgewiesen ist, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 137 II 199 E. 6.5; 135 II 60 E. 3.3.2; 132 V 166 E. 7). Ein solches schutzwürdiges Interesse an einer separaten Feststellung ist vorliegend nicht ersichtlich, zumal die Grundbuchanmerkung nur deklaratorische Bedeutung hat, wie sich nachfolgend zeigen wird (vgl. unten E. 4).
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 ein 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. Hingegen kann der angefochtene Entscheid nicht auf Angemessenheit überprüft werden.

3. Die untere Instanz, an welche eine Sache zurückgewiesen wird, ist an die rechtlichen Erwägungen der oberen Instanz gebunden. Wenn Beschwerde gegen einen Entscheid erhoben wird, der infolge eines Rückweisungsentscheids erging, überprüft die Beschwerdeinstanz die Rechtsfragen nicht, die sie selbst in diesem Rückweisungsentscheid endgültig entschieden hat. Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Feststellung, dass das Gericht nicht Beschwerdeinstanz gegen seine eigenen Entscheide ist. Dieses ist ebenso wie die untere Instanz an die rechtlichen Erwägungen seines Rückweisungsentscheids gebunden (BGE 140 III 466 E. 4.21; 125 III 71 E. 2).

- 3.1 Das Obergericht hat in E. 2.4 der Urteile O4V 16 8 und O4V 16 12 vom 28. September 2017 festgehalten, dass im Jahr 2011 im Sinne einer Gesamtüberbauung gleichzeitig Bewilligungen für die Wohnhäuser auf den Parzellen Nrn. xxyy, xxx, yyy und yyxx erteilt worden seien. Die entsprechenden Bewilligungsprotokolle vom 28. Juni 2011 würden verdeutlichen, dass die Parzellen Nrn. xxyy und yyy durch die erfolgte Überbauung eine Übernutzung von 64.00 m² bzw. 42.00 m² aufwiesen. Für die erstellten Wohnbauten Assek. Nr. xzyx auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy sei die fehlende Nutzfläche von den Parzellen Nrn. xxx und yyxx transferiert worden. Dies ergebe sich umgekehrt auch aus den Protokollen der Baubewilligungen für die Wohnhäuser Assek. Nr. xzzy (Parzelle Nr. yyxx) und Assek. Nr. xzxz (Parz. Nr. xxx), wonach die vorhandenen Landreserven von 91.00 m² und 37.5 m² auf die Nachbarsparzellen übertragen worden seien. Daraus könne einerseits der Schluss gezogen werden, dass die Wohnhäuser auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy ohne Ausnutzungsübertragung gar nicht realisierbar gewesen wären. Andererseits bedeute dies aber auch, dass nicht die gesamte in der Zone XZ liegende Fläche der Parzelle Nr. xxx von 514 m² ausnutzungsfähig sei. Vielmehr bleibe diese mit der erfolgten überschrittenen Ausnutzung der Parzellen Nrn. xxyy und yyy belastet. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass das ursprüngliche Baugesuch von 2011 bezüglich der Parzelle Nr. xxx nachträglich abgeschrieben worden sei, könnten doch ansonsten durch nachträgliche Baugesuche die Vorschriften über die Nutzungsintensität beliebig umgangen werden.

Die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid zwar zutreffend festgestellt, dass die vorgenommenen Ausnutzungstransfers nicht rechtskonform zustande gekommen seien. Da die Ausnutzungsziffer jedoch grossen Einfluss auf die Dimension der Wohnhäuser habe, hätte es die Vorinstanz nicht einfach bei dieser Feststellung belassen dürfen. Als Aufsichtsbehörde wäre es an der Vorinstanz gewesen, zu veranlassen, dass die anrechenbare Landfläche der Bauparzelle Nr. xxx unter Berücksichtigung der vorgenommenen Übertragungen verbindlich festgelegt werde. Vor der entsprechenden Festlegung der maximal zulässigen Nutzung hätte das Baugesuch nicht beurteilt werden dürfen, weshalb dies nachzuholen sei. Da die Festlegung nicht nachträglich quasi erstinstanzlich durch das Obergericht vorgenommen

werden könne, bleibe nichts anderes übrig als die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Als Aufsichtsbehörde habe diese sicherzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen an die Ausnützungsübertragung erfüllt würden und die von der Parzelle Nr. xxx übertragene Nutzung nicht doppelt beansprucht werde. Andernfalls hätte die Vorinstanz konsequenterweise im Sinne von Art. 108 Abs. 2 BauG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den begünstigten Parzellen Nrn. xxyy und yyy in Erwägung zu ziehen. In welcher Form und mit welchem Inhalt sie gegenüber der Gemeinde E. und den begünstigten Grundeigentümern auftreten wolle, damit die rechtswidrige Situation bereinigt werde, bleibe dem pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz überlassen. Anschliessend habe diese gestützt auf das Ergebnis neu über das auf Parzelle Nr. xxx geplante Bauvorhaben zu befinden.

- 3.2 Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdegegner zwar ein neues Baugesuch eingereicht, doch gelten obige Erwägungen im Entscheid vom 28. September 2017 auch für ein neues Bauvorhaben, zumal die Beschwerdegegner offenkundig darauf verzichtet haben, einen Entscheid der Vorinstanz in Bezug auf das zurückgezogene Baugesuch vom 15. September 2015 abzuwarten und bei allfälligem negativem Ausgang der kantonalen Verfahren dann das Bundesgericht anzurufen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_8/2018 vom 4. Juli 2018 E. 1.5).
- 3.3 Die Vorinstanz hält in Erwägung 5d des angefochtenen Entscheids fest, aus den Urteilen des Obergerichts O4V 16 8 und O4V 16 12 ergebe sich, dass in der Ziffer 1 des Dispositivs der jeweiligen Entscheide jeweils lediglich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands genannt sei. Einzig die Erwägungen der Urteile äusserten sich zu der Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur des nicht rechtskonformen Ausnützungstransfers. Bindungswirkung entfalten könne einzig das Dispositiv eines Urteils. Wenn das Dispositiv auf die Erwägungen verweise, würden diese integraler Bestandteil des Dispositivs und erlangten damit materielle Rechtskraft. Im Übrigen könne gegen die Urteilsbegründung rekuriert werden, wenn das Dispositiv der Auslegung bedürfe. Im vorliegenden Fall verweise das Dispositiv weder auf die Erwägungen noch sei es auslegungsbedürftig. Damit sei einzig das jeweilige Dispositiv der Urteile O4V 16 8 und O4V 16 12 in Rechtskraft erwachsen. Da zudem den wesentlichen Gesetzesbestimmungen keine entsprechende Grundlage zu entnehmen sei, könne der nicht rechtskonforme Ausnützungstransfer nicht nachträglich korrigiert werden. Der Ausnützungstransfer sei an gewisse Voraussetzungen geknüpft, welche vorliegend unstreitig nicht erfüllt seien. Der Grundbucheintrag sei nicht bloss deklaratorischer, sondern konstitutiver Natur. Im vorliegenden Fall könnte es durchaus sein, dass auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy aus Gründen der Verhältnismässigkeit und des Gutgläubensschutzes auf einen Rückbau der zu viel bezogenen Fläche verzichtet würde. Daraus könnte aber kein faktisch erfolgter Ausnützungstransfer abgeleitet werden. Damit wäre es theoretisch möglich,

die nicht rechtskonform übertragene Fläche von 37.5 Quadratmetern doppelt zu beanspruchen. Da die Nutzung dieser 37.5 Quadratmeter nach wie vor einmal ordentlich bewilligt werden könne, würden die baulichen Möglichkeiten auf der Parzelle Nr. xxx auch mit einem Verzicht auf einen Rückbau auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy nicht eingeschränkt. Zwischen der Überschreitung der Ausnützungsziffer auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy und der Ausnützungsziffer auf der Parzelle Nr. xxx bestehe keine Abhängigkeit. Es seien daher keine gewichtigen Gründe für einen Aufschub des infrage stehenden Baugesuchs bis zum Entscheid über die Wiederherstellung auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy ersichtlich. Folglich sei die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy in einem separaten Verfahren zu prüfen. Ein Bauvorhaben auf der Parzelle Nr. xxx könne unabhängig davon beurteilt werden.

- 3.4 Die Beschwerdeführerinnen bringen dagegen vor, dass die Rückweisung mit der Anweisung weitere Abklärungen vorzunehmen erfolgt sei, womit die Wiederherstellung als Hinweis, wie sie die Abklärung vornehmen könnte, zu verstehen sei. Da die Vorinstanz trotz Kenntnis ihrer eigenen Pflicht und Kompetenz als Aufsichtsbehörde, nur die Wiederherstellung im Dispositiv als in Rechtskraft erwachsen sehe, handle sie willkürlich und in Umgehung und der Nichtwahrnehmung ihrer Pflichten. Die Vorinstanz habe selbst den nicht rechtskonform übertragenen Ausnützungstransfer von der Parzelle Nr. xxx auf die begünstigten Parzellen Nrn. yyy und xxyy im Umfang von 37.5 m² festgestellt. Damit sei sie sich auch ohne Verweis auf die Erwägungen im Dispositiv des Obergerichts bewusst gewesen, dass bevor überhaupt ein neues Bauprojekt auf der Parzelle Nr. xxx bewilligt werden könnte, die Thematik mit dem Ausnützungstransfer verbindlich geklärt hätte werden müssen. Die Feststellung der Vorinstanz, dass der nicht rechtskonforme Ausnützungstransfer einfach unbeachtlich für das strittige Baugesuch bleibe und damit unbesehen allgemein auch für jedes weitere Bauprojekt auf der Parzelle Nr. xxx zukünftig gelte, verstosse gegen jedes Rechtsgefühl und Rechtsverständnis. Da die Grundeigentümerin sämtlicher Grundstücke im Quartierplan Berg II die Nägeli AG gewesen sei, sei die Voraussetzung eines schriftlichen Verzichts des betroffenen Grundeigentümers entfallen. Anders ausgedrückt liege ein gültiger Verzicht der vormaligen Grundeigentümerin über die betroffene Parzelle Nr. xxx und der begünstigten Parzellen Nrn. xxyy und yyy vor. Folglich bestehe die fehlende Rechtskonformität beim Ausnützungstransfer lediglich im nicht vorliegenden Grundbucheintrag, welcher nur deklaratorische Wirkung habe. Die verfügende Behörde habe zurecht den Umstand berücksichtigt, dass die vom Ausnützungstransfer begünstigten Parzellen Nr. yyy und xxyy der Bestandesgarantie unterlägen. Die Vorinstanz habe mit ihren Ausführungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den begünstigten Parzellen einen Rückbau/Änderung der erbauten Einfamilienhäuser als unangemessen und ausgeschlossen bezeichnet. Da die Vorinstanz den

erfolgten Ausnützungstransfer als nicht erfolgt betrachte, begründe sie eine Rechtswidrigkeit und damit einen unhaltbaren Zustand.

- 3.5 Die Beschwerdegegner wenden dagegen ein, dass die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei, womit nicht auf Ziff. 3 und 6 der Anträge der Beschwerdeführerinnen eingetreten werden könne. Es sei zu beachten, dass beim Erwerb der Parzelle Nr. xxx durch die Beschwerdegegner der Ausnützungstransfer nicht im Grundbuch eingetragen gewesen sei, weshalb ihnen nun im Nachhinein keine solche Belastung gegen ihren Willen aufgezwungen werden könne. Entscheidend sei die Feststellung, dass der rechtswidrige Ausnützungstransfer nicht von Amtes wegen korrigiert werden könne und deshalb im vorliegenden Baubewilligungsverfahren nicht zu berücksichtigen sei. Der fehlende Grundbucheintrag könne den Beschwerdegegnern nicht entgegengehalten werden, da sie seinerzeit gar nicht Eigentümer des belasteten Grundstücks gewesen seien. Die Anordnung einer Anmerkung des Ausnützungstransfers im Grundbuch könne nur gegenüber dem Grundeigentümer, der dem Ausnützungstransfer schriftlich zugestimmt habe, erfolgen, nicht jedoch gegenüber einem gutgläubigen Rechtsnachfolger. Es sei fraglich, ob die Beschwerdeführerinnen überhaupt eine Bestandesgarantie geltend machen könnten, welche nur für rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen gelte, was jedoch in Bezug auf die beanspruchte Mehrausnützung infolge des nicht rechtskonformen Ausnützungstransfers gerade nicht der Fall gewesen sei.
- 3.6 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz folgt aus der Formulierung der Urteilsdispositive vom 28. September 2017 nicht, dass in Bezug auf die nachträgliche Berücksichtigung des Ausnützungstransfers auf der Parzelle Nr. xxx keine Bindungswirkung bestand. Dies wäre höchstens dann der Fall, wenn das Dispositiv den Erwägungen widersprechen würde. Das Obergericht hat die Vorinstanz aber explizit angewiesen, die Prüfung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den begünstigten Parzellen nachzuholen *und anschliessend gestützt auf das Ergebnis neu über das auf Parzelle Nr. xxx geplante Bauvorhaben zu befinden*. Das Obergericht hat in Erwägung 2.4 seines ersten Entscheids festgehalten, dass es an der Vorinstanz als Aufsichtsbehörde gewesen wäre, zu veranlassen, dass *die anrechenbare Landfläche unter Berücksichtigung der vorgenommenen Übertragungen verbindlich festgelegt wird. Diese habe als Aufsichtsbehörde sicherzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen an die Ausnützungsübertragung erfüllt werden und die von der Parzelle Nr. xxx übertragene Nutzung nicht doppelt beansprucht wird*. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass bei einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den begünstigten Parzellen die Ausnützungstransfers auf der Parzelle Nr. xxx zu berücksichtigen sind, was auch für nachträgliche Baugesuche gilt (E. 2.4 des Urteils vom 28. September 2017). Die Vorinstanz geht insofern fehl in der Annahme, dass die vorgenommenen Ausnützungstransfers aufgrund des Umstands, dass sie nicht

rechtskonform zustande kamen, unbeachtlich wären. Aus prozessökonomischen Gründen wird jedoch auf eine erneute Rückweisung an die Vorinstanz verzichtet, zumal es sich bei der Frage, ob und inwieweit die Ausnützungstransfers das strittige Bauvorhaben tangieren, nicht um eine Ermessensfrage handelt. Im Folgenden wird demzufolge zunächst geprüft, ob der auf der Parzelle Nr. xxx vorgenommene Ausnützungstransfer rechtlich verbindlich ist und - falls ja -, ob dieser der Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens entgegensteht.

4.

4.1 Gemäss Art. 1 Abs. 5 der Bauverordnung (BauV, bGS 721.11) ist die Übertragung der Ausnützung von einem benachbarten Grundstück innerhalb der gleichen Nutzungszone möglich. Der Ausnützungstransfer 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 Ausnützung auf ihrem Grundstück verzichtet;
- e) die zuständige Gemeindebehörde verfügt die Verpflichtung gemäss lit. d als öffentliche Eigentumsbeschränkung und lässt sie im Grundbuch anmerken.

4.2 Aus dem Protokoll der Baubewilligungskommission E. vom 28. Juni 2011 (act. 7.1.13 S. 2 unten) geht hervor, dass mit der Baubewilligung für ein Einfamilienhaus von der Parzelle Nr. xxx eine Fläche von 37.5 m² auf die Nachbarparzellen transferiert wurde. Auch wenn das bewilligte Einfamilienhaus in der Folge nicht realisiert wurde, ist dieser Entscheid ebenso wie die Baubewilligungen für die Einfamilienhäuser auf den Parzellen Nrn. xxyy, yyy und yyxx in Rechtskraft erwachsen, wobei die Wohnhäuser auf den Parzellen Nrn. xxyy und yyy unbestrittenermassen von den transferierten Nutzflächen profitierten. Während die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 5 lit. a-c BauV ohne Weiteres erfüllt waren, fehlte es an einem schriftlichen Verzicht der betroffenen Grundeigentümerschaft sowie der Verfügung einer öffentlichen Eigentumsbeschränkung und deren Anmerkung im Grundbuch (Art. 1 Abs. 5 lit. d und e BauV). Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Grundeigentümerschaft der Parzellen Nrn. xxyy, xxx, yyy und yyxx zum Zeitpunkt der Baubewilligungen aus ein und derselben Person bestand. Da die Ausnützungstransfers durch die Eingabe der entsprechenden Baugesuche offenkundig dem Willen der ehemaligen Grundeigentümerschaft entsprachen, erschien die Einholung eines separaten schriftlichen Verzichts auf die entsprechende Ausnützung der Parzellen Nrn. xxx und yyxx als entbehrlich. Was die fehlende Anmerkung im Grundbuch anbelangt, so hat die Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbe-

schränkung von Bundesrechts wegen bloss deklaratorische Bedeutung; die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung gilt gestützt auf die Baubewilligung auch ohne Grundbucheintrag (Art. 680 ZGB; BGE 144 III 88 E. 5.3). Der gutgläubige Erwerber eines Grundstücks kann aus dem Fehlen einer Anmerkung, auch wenn die Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im konkreten Fall zwingend vorgeschrieben ist, nicht ableiten, die Beschränkung bestehe nicht. Das Grundbuch vermag der fehlenden Anmerkung keinen öffentlichen Glauben (Art. 973 ZGB) zu vermitteln (vgl. dazu SCHMID/ARNET, in: Basler Kommentar, ZGB II, 7. Aufl. 2023, N. 13 zu Art. 962 ZGB). Die Kantone können zudem nicht bestimmen, dass der Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung nach kantonalem Recht rechtsbegründende Wirkung zukommt (*dieselben*, a.a.O., N. 16 zu Art. 962 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 1C_151/2010 vom 2. Juni 2010 E. 2.3).

- 4.3 Daraus ergibt sich, dass die fehlende explizite schriftliche Zustimmung des damaligen Grundeigentümers und die fehlende Anmerkung im Grundbuch der Verbindlichkeit der vorgenommenen Ausnützungstransfers nicht entgegenstehen, womit diesbezüglich keine nachträgliche Korrektur erforderlich ist. Die Ausnützungstransfers erlangten vielmehr in dem Umfang baurechtliche Relevanz, als sie von den begünstigten Parzellen Nrn. xxyy und yyy für die Realisierung der bestehenden Wohnhäuser benötigt wurden. Damit sind keine Widerrufsgründe für die Baubewilligungen vom 28. Juni 2011 erkennbar, zumal diese nach dem Ablauf von 10 Jahren ohnehin nicht mehr widerrufen werden könnten (Art. 26 Abs. 2 VRPG), weshalb auf die Prüfung von Wiederherstellungsmassnahmen verzichtet werden kann. Wie aufgezeigt, können sich die Beschwerdegegner in Bezug auf die vorgenommenen Ausnützungstransfers nicht auf den fehlenden Grundbucheintrag berufen. Im Übrigen ist ihre Gutgläubigkeit im vorliegenden Verfahren ohnehin zu verneinen, da den Beschwerdegegnern die vorgenommenen Ausnützungstransfers bereits im vorherigen Verfahren bekannt waren und sie das Baugesuch vom 19. Mai 2015 zurückzogen, ohne diesbezüglich einen Endentscheid abzuwarten, welcher zusammen mit dem Zwischenentscheid vom 28. September 2017 anfechtbar gewesen wäre (Urteil des Bundesgerichts 1C_8/2018 vom 4. Juli 2018 E. 1.5). Zudem haben sie selbst in der Stellungnahme vom 19. Februar 2021 (act. 7.7.3.12) festgehalten, dass von der anrechenbaren Landfläche 37.5 m² für den Ausnützungstransfer abzuziehen seien. Demzufolge kommt das Obergericht zum Schluss, dass der Ausnützungstransfer beim strittigen Baugesuch zu berücksichtigen ist. Damit gilt es im Folgenden die anrechenbare Landfläche auf der Parzelle Nr. xxx festzulegen.

5.

- 5.1 Gemäss dem kantonalen Geoportal liegen 514 m² der Parzelle Nr. xxx in der ausnützungsfähigen Wohnzone 1. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist die Fläche für

den vorgenommenen Ausnützungstransfer von 37.5 m² nicht bei der beanspruchten Bruttogeschossfläche (BGF) hinzuzurechnen, sondern bei der anrechenbaren Landfläche (LF) abzuziehen (vgl. Art. 1 Abs. 4 BauV), woraus sich eine anrechenbare Landfläche von 476.5 m² (514 m² - 37.5 m²) ergibt. Die Vorinstanzen haben zudem die Fläche von 2 m², welcher vom Grenzüberbau des Gebäudes Assek. Nr. xczz beansprucht wird, von der anrechenbaren Landfläche abgezogen. Bei diesem Gebäudeteil handelt es sich jedoch gemäss den Baugesuchsunterlagen des Wohnhauses Assek. Nr. xczz (act. 7.7.2.1) um einen Raum für Gartengeräte, welcher auf der Parzelle Nr. yyy nicht zur anrechenbaren Bruttogeschossfläche gezählt wurde, womit der Abzug des Überbaus auch bei der anrechenbaren Landfläche der Parzelle Nr. xxx nicht gerechtfertigt ist (vgl. dazu Art. 1 Abs. 3 und 4 BauV). Daher ist die anrechenbare Landfläche der Parzelle Nr. xxx auf 476.5 m² festzulegen.

5.2 Damit stellt sich die Frage, ob die nach Art. 16 des Baureglements E. in der Zone XZ zulässige Ausnützungsziffer von 0.5 durch das Bauvorhaben überschritten wird. Gemäss unbestrittener Feststellung im angefochtenen Rekursentscheid beträgt die anrechenbare Bruttogeschossfläche des geplanten Wohnhauses 240.6 m². Die Ausnützungsziffer wird ermittelt, indem die Bruttogeschossfläche durch die anrechenbare Landfläche geteilt wird (Art. 1 Abs. 1 BauV). Beim Bauvorhaben ergibt sich damit eine Ausnützungsziffer von $(240.6/476.5 =) 0.505$. Die zulässige Bruttogeschossfläche beträgt somit $(0.5 \times 476.5 =) 238.25$ m². Daraus ergibt sich, dass das Bauvorhaben die zulässige anrechenbare Bruttogeschossfläche um $(240.6 - 238.25 =) 2.35$ m² überschreitet. Dabei handelt es sich nach Ansicht des Obergerichts um einen geringfügigen Verstoss gegen das materielle Bauordnungsrecht. Die Behebung dieses Mangels erfordert keine wesentliche Projektänderung bzw. ein neues Baugesuch (Art. 41 Abs. 2 BauV) und dürfte auf das äussere Erscheinungsbild und die Position des geplanten Wohnhauses keinen Einfluss haben, welche durch den Quartierplan Berg II ohnehin vorgegeben ist. Demzufolge ist nicht davon auszugehen, dass durch die Reduktion der Bruttogeschossfläche von 2.35 m² die Rechte der Beschwerdeführerinnen (und von allfälligen anderen Einspracheberechtigten) geschmälert werden, zumal die Beschwerdeführerinnen die von den Vorinstanzen festgelegte Bruttogeschossfläche von 240.6 m² nicht bestreiten. Somit lässt sich dieser Mangel ohne grösseren planerischen Aufwand korrigieren, was dafür spricht, die Baubewilligung mit einer Nebenbestimmung zu verknüpfen (Art. 106 Abs. 2 lit. a des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht, BauG; bGS 721.1; AR GVP 23/2011 Nr. 3566, S. 47). Dies ist angesichts des jahrelangen Rechtsstreits und der Tatsache, dass zumindest die Beschwerdeführerin 1 als ehemalige Eigentümerin der Parzelle Nr. xxyy und neue Eigentümerin der Parzelle Nr. yyy vom Ausnützungstransfer erheblich profitiert hat, auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit angezeigt (FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, Zürcher Planungs- und

Baurecht, 2019, S. 437; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, Rz. 907). Die Beschwerdegegner sind daher zu verpflichten, vor und als Voraussetzung der Baufreigabe die anrechenbare Bruttogeschossfläche des geplanten Wohnhauses von 240.6 m² auf mindestens 238.25 m² zu reduzieren. Die Genehmigung der Planänderung ist den Beschwerdeführerinnen zu eröffnen (Urteile des Bundesgerichts 2C_302/2017 vom 6. Februar 2018 E. 1.9; 1C_407/2008 vom 25. Mai 2009 E. 1.3.1).

6. Die Beschwerdeführerinnen rügen in Ziff. 3.7 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche sich auf die Eventualanträge 5 und 6 und die geforderte Nachkorrektur des Ausnützungstransfers bezieht. Wie oben in Erwägung 4.3 aufgezeigt, ist eine solche Nachkorrektur sowie die Anmerkung des Ausnützungstransfers im Grundbuch für dessen rechtsbegründende Wirkung nicht erforderlich, weshalb es sich erübrigt, auf diese Rüge näher einzugehen. Soweit in Ziff. 3.8 der Beschwerde eine Rechtsverweigerung der Vorinstanz gerügt wird, ist darauf hinzuweisen, dass mit einer Rechtsverweigerungsbeschwerde nur das unrechtmässige Verweigern oder Verzögerung einer anfechtbaren Verfügung gerügt werden kann (59 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 lit. c VRPG), was vorliegend nicht der Fall ist, da der Rekurs von der Vorinstanz innert 6 Monaten erledigt wurde (Art. 63 Abs. 1 BauV).
7. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen ist, insofern die Beschwerdegegner verpflichtet werden, die anrechenbare Bruttogeschossfläche auf mindestens 238.25 m² zu reduzieren. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
8. Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es angezeigt, dass die bisher unterbliebene deklaratorische Anmerkung des Ausnützungstransfers auf der Parzelle Nr. xxx im Grundbuch nachzuholen ist. Demzufolge ist das Grundbuchamt E. von Amtes wegen anzuweisen, eine entsprechende Anmerkung im Grundbuch vorzunehmen.
9. 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 Begehren nicht eingetreten wird. Vorliegend unterliegen die Beschwerdeführerinnen in Anbetracht ihrer Rechtsbegehren fast vollständig. Damit sind ihnen die vollen Gerichtskosten aufzuerlegen (WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, Rz. 3640). Für dieses Verfahren wird eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.-- erhoben (Art. 4a Abs. 1 des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen, bGS 233.2), welche den unterliegenden Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt wird. Der Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- wird angerechnet.

10.

10.1 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.

10.2 Vorliegend ist die Entschädigung innerhalb des für die erste Fallgruppe – mit einfachen Rechtsfragen und unterdurchschnittlichem Aufwand – geltenden Rahmens von bis zu Fr. 4'000.-- festzulegen. Den nahezu vollständig obsiegenden Beschwerdegegnern – deren Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat – steht unter Zugrundelegung eines Honorars von Fr. 2'000.--, zuzüglich Barauslagen von 4 % und der Mehrwertsteuer von 7.7 %, eine Parteientschädigung von total Fr. 2'240.15 zu, welche zulasten der Beschwerdeführerinnen geht. Aufgrund des nahezu vollständigen Unterliegens besteht kein Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf Parteientschädigung (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 3720).

11. Da für die Beschwerdegegner bei der Umsetzung der Reduktion der Bruttogeschossfläche ein Spielraum besteht, ist das vorliegende Urteil gemäss einem neuen Leitentscheid des Bundesgerichts als Zwischenentscheid zu qualifizieren (BGE 149 II 170), weshalb sich seine Anfechtung nach Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) richtet. Sollten die Beschwerdeführerinnen keine Einwände gegen die modifizierte Bruttogeschossfläche erheben, könnten sie direkt im Anschluss an deren Genehmigung beim

Bundesgericht Beschwerde gegen dieses Urteil erheben, ohne nochmals den kantonalen Rechtsweg beschreiten zu müssen (Art. 93 Abs. 3 BGG; Urteile des Bundesgerichts 1C_34/2023 vom 29. September 2023 E. 1.6; 1C_479/2022 vom 17. April 2023 E. 1.4.1; 1C_513/2020 vom 3. Mai 2021 E. 1.2.1).

Das Obergericht erkennt:

1. Die Beschwerde von A. und B. wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, insofern die Beschwerdegegner verpflichtet werden, die anrechenbare Bruttogeschossfläche auf maximal 238.25 m² festzusetzen. Die Genehmigung der Planänderung ist den Beschwerdeführerinnen zu eröffnen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Grundbuchamt E. wird angewiesen, im Grundbuch für die Liegenschaft Nr. xxx als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung anzumerken, dass die Grundeigentümerschaft im Sinne von Art. 1 Abs. 5 BauV zugunsten der Parzellen Nrn. xxyy und yyy auf die Ausnützung von 37.5 m² der in der Wohnzone XZ gelegenen Fläche verzichtet hat.
3. Den Beschwerdeführerinnen wird eine Entscheidegebühr von Fr. 3'000.-- auferlegt, für welche sie solidarisch haften. Der Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- wird angerechnet.
4. Die Beschwerdeführerinnen werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Beschwerdegegnern eine Parteientschädigung von Fr. 2'240.15 (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen

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. und 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. Mitteilung an:

- RA AB., mit Gerichtsurkunde
- RA CD., mit Gerichtsurkunde
- Departement Bau und Volkswirtschaft, mit Gerichtsurkunde
- Baubewilligungskommission E., mit Gerichtsurkunde

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:

- Grundbuchamt E., eingeschrieben

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 31. Mai 2024