

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2018 68 + 69

Entscheid vom 21. Januar 2019

Besetzung

lic.iur. Achilles Humbel, Präsident
Ruth Mikšovic-Waldis, Richterin
Monica Huber-Landolt, Richterin
lic.iur. Prisca Reichlin Brügger, Gerichtsschreiberin

Parteien

1. A. _____,
2. B. _____,
3. C. _____,
4. D. _____,
5. E. _____,
6. F. _____,
7. G. _____,
8. H. _____,
9. I. _____,
10. J. _____,
11. K. _____,
12. L. _____,
13. M. _____,
14. N. _____,

Beschwerdeführer (Verfahren III 2018 68),

Ziff. 1-14 vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. O. _____, ,

O. _____,

15. X. _____,

16. Y. _____,

17. Z. _____,

18. AA. _____,

Beschwerdeführer (Verfahren III 2018 69),

Ziff. 15-18 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. AB. _____,

gegen

1. **Gemeinderat Wollerau**, Hauptstrasse 15, Postfach 335,
8832 Wollerau,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. P. _____,

2. **Regierungsrat des Kantons Schwyz**, Bahnhofstrasse 9,
Postfach 1260, 6431 Schwyz,
Vorinstanzen,

3. **Q. _____ AG**,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. R. _____,
R. _____,

Gegenstand

Planungs- und Baurecht (Gestaltungsplan AF. _____)

Sachverhalt:

A. Die Q._____ AG ist Eigentümerin des ca. 16'000 m² grossen Grundstückes KTN S._____, AC._____ Wollerau, welches gemäss rechtskräftigem Zonenplan vom 28. Februar 2016 in der Wohnzone W2 liegt. Zusammen mit dem nordwestlich angrenzenden Grundstück KTN T._____ (mit einer Fläche von ca. 3'000 m²) ist es zugleich als Zone mit Gestaltungsplanpflicht bezeichnet. Die beiden Grundstücke befinden sich westlich des Dorfkerns von Wollerau in einem von Süden nach Norden abfallenden Gelände. Gegen Norden grenzen die beiden Grundstücke an die AC._____ und anschliessend an die Bahnlinie, östlich und südlich an überbautes Baugebiet (Zone W2, teilweise mit Gestaltungsplanpflicht) und westlich an die Landwirtschaftszone.

Mit Eingabe vom 8. Mai 2009 ersuchte die Q._____ AG um Erlasse des Gestaltungsplans "AD._____" auf KTN S._____. Nachdem der Gemeinderat den Gestaltungsplan erlassen und Einsprachen dagegen abgewiesen hatte, hob der Regierungsrat auf Beschwerde hin den Beschluss des Gemeinderates am 13. April 2010 wieder auf (RRB Nr. 397/2010), weil durch den Erlass des Gestaltungsplanes auf der Nachbarparzelle KTN T._____ eine gestaltungsplanpflichtig Restfläche entstanden wäre, welche die formellen Voraussetzung für den Erlass eines Gestaltungsplanes (Fläche von mindestens 3'000 m²) nicht einhalten könne.

Am 27. April 2010 reichte die Q._____ AG ein überarbeitetes Gesuch um Erlass eines Gestaltungsplanes auf KTN S._____ ein. Gegen den gemeinderätlichen Erlass des Gestaltungsplanes vom 12. Juli 2010 wurden wiederum Beschwerden erhoben, welche der Regierungsrat mit RRB Nr. 642/2011 vom 21. Juni 2011 erneut guthiess. Die hiergegen von der Q._____ AG am 18. Juli 2011 erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiess das Verwaltungsgericht mit Entscheid III 2011 118 vom 21. Dezember 2011 insofern gut, als der Regierungsratsbeschluss aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung an den Regierungsrat zurückgewiesen wurde. Im Entscheid wurde insbesondere beanstandet, dass der Gemeinderat künftiges kommunales Recht angewendet hatte, dass die Eingabepläne verschiedene Mängel aufwiesen und dass es unzulässig sei, beim Ausweis nur weniger Vorteile die ganze Palette möglicher Ausnahmen zu gewähren.

B. Mit Beschluss Nr. 2013.132 vom 13. Mai 2013 erliess der Gemeinderat Wollerau den angepassten Gestaltungsplan "AD._____ II" auf KTN S._____, AC._____ Wollerau. Mit Beschluss Nr. 259/2014 vom 11. März 2014 hiess der Regierungsrat dagegen erhobene Beschwerden gut und hob den

Beschluss Nr. 2013.132 des Gemeinderates Wollerau auf (vgl. VGE III 2015 228 v. 26.10.2016 Ingress lit. A).

C. Nach einem ersten Gesuch vom 9. Mai 2014 um einen verbindlichen Vorentscheid (ABI Nr. _____) reichte die Q. _____ AG am 30. Mai 2014 beim Gemeinderat ein zweites Gesuch um einen verbindlichen Vorentscheid betreffend die Erschliessung ihrer Bauparzelle über die AC. _____ (ab der Erlenstrasse) ein. Gegen das im Amtsblatt (Abl Nr. _____) publizierte Gesuch gingen verschiedene Einsprachen ein. Mit Beschluss Nr. 2014.335 vom 20. Oktober 2014 entschied der Gemeinderat Wollerau was folgt:

1. Es wird festgestellt, dass das gesamte Planungsgebiet der Q. _____ AG, umfassend die Baulandparzellen KTN U. _____ strassenmässig vorerst über die bestehende AC. _____ und erst zu einem späteren Zeitpunkt über die sich noch in der Planung befindende AE. _____ zu erschliessen ist.
2. Es wird festgestellt, dass auf der ganzen AC. _____ (Abzweigung Erlenstrasse bis mindestens Bahnübergang) gemäss Wegrodel der Gemeinde Wollerau ein öffentliches Fahrwegrecht mit privater Unterhaltspflicht besteht und dass der Q. _____ AG gestützt auf den Ortsgebrauch das Recht zusteht, die bestehende AC. _____ im ganzen heutigen Ausmass, d.h. in ihrer heutigen Breite mit Strassenfläche und Trottoir, für die Feinerschliessung ihrer Baulandparzellen KTN U. _____ mitzubeneützen, womit die Q. _____ AG bei einer zonenkonformen Überbauung ihrer Baulandparzellen über die rechtlich gesicherte Zufahrt verfügt.
3. Es wird festgestellt, dass die bestehende AC. _____ mit ihren heutigen Ausmassen von Strasse und Trottoir bei einer Überbauung der Baulandparzellen KTN U. _____ der Q. _____ AG als technisch hinreichende Zufahrt genügt, sofern die in der verkehrstechnischen Beurteilung AC. _____ der Geoterra AG vom 14. Oktober 2011 aufgelisteten technischen Zusatzmassnahmen (Anpassung der Sichtweiten Einlenker AC. _____/Erlenstrasse; Ausbau öffentliche AC. _____, Verbreiterung von ca. 3.00 m auf 4.50 m bis in den Bereich einer möglichen Zufahrt auf KTN S. _____; Nachrüstung Wendepfand) realisiert werden können, wobei die Umsetzung dieser Massnahmen den Erwerb der dinglichen Berechtigungen zulasten der Grundstücke KTN V. _____ bedingt.
4. Es wird festgestellt, dass bei einer Überbauung der Baulandparzellen KTN U. _____ der Q. _____ AG die genügende Zugänglichkeit im Sinne von § 37 Abs. 3 PBG bejaht werden kann, sobald die notwendigen technischen Zusatzmassnahmen gemäss der verkehrstechnischen Beurteilung AC. _____ der Geoterra AG vom 14. Oktober 2011 realisiert sind.
5. Dieser Vorentscheid erlangt für die Grundeigentümerin und für Dritte Verbindlichkeit. Er ist hinsichtlich der behandelten Fragen in gleicher Weise verbindlich, gültig und anfechtbar wie eine Baubewilligung.

Gegen diesen Beschluss gingen beim Regierungsrat verschiedene Beschwerden ein, welche er mit RRB Nr. 1084/2015 vom 17. November 2015 gutgeheissen und den angefochtenen Gemeinderatsbeschluss aufgehoben hat. Eine von der

Q._____ AG beim Verwaltungsgericht dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Entscheid III 2015 228 vom 26. Oktober 2016 abgewiesen. Im entsprechenden Entscheid wurde u.a. festgehalten, dass der Regierungsrat zu Recht verlangt habe, bei der Beurteilung der genügenden Erschliessung den Kanton als Träger der Hauptstrasse Nr. 389 (welche von einer Erschliessung der Parzellen der Q._____ AG über die AC._____ betroffen ist) ins Verfahren einzubeziehen. Im Weiteren wurde festgehalten, dass Vorentscheide, welche sich auf einen Gestaltungsplan stützen, erst gefällt werden dürfen, wenn der Gestaltungsplan rechtskräftig genehmigt ist. Zudem wurde der Regierungsratsbeschluss auch insofern bestätigt, als er die Gemeinde anwies, bei der Prüfung der Erschliessungsanforderungen auch die Auswirkungen auf das übergeordnete Strassen-netz zu berücksichtigen.

D. Im Oktober 2016 reichte die Q._____ ein neues Gesuch um Erlass des Gestaltungsplanes (Gestaltungsplan AF._____ für die Grundstücke KTN W._____, AC._____, Wollerau, beim Gemeinderat Wollerau ein. Gegen das im Amtsblatt publizierte (Abl. 2016 _____) und öffentlich aufgelegte Gesuch reichten am 17. November 2016 A._____ sowie 14 weitere Parteien gemeinsame Einsprache beim Gemeinderat Wollerau ein mit dem Antrag, der Gestaltungsplan AF._____ sei nicht zu genehmigen. Mit Eingabe vom 17. November 2016 liessen auch X._____ sowie weitere vier Parteien gemeinsame Einsprache beim Gemeinderat Wollerau einreichen mit dem Antrag, der Gestaltungsplan AF._____ sei nicht zu erlassen.

Mit Beschluss vom 26. Juni 2017 (GRB 2017.159) hat der Gemeinderat Wollerau entschieden:

1. Der Gestaltungsplan AF._____ wird erlassen.
2. Der Regierungsrat des Kantons Schwyz wird ersucht, die Recht- und Zweckmässigkeitsprüfung des Gestaltungsplanes AF._____ vorzunehmen und diesen zu genehmigen.
3. Die Einsprache von Verschiedenen, alle v.d. RA lic. iur. AB._____ (...), wird im Sinne der Erwägungen unter Kostenfolge abgewiesen.
Gebühren und Kanzleikosten für die Behandlung der Einsprache betragen Fr. 900.00.
4. Die Einsprache von Verschiedenen, alle v.d. (...) RA Dr. O._____ (...), wird im Sinne der Erwägungen unter Kostenfolge abgewiesen.
Gebühren und Kanzleikosten für die Behandlung der Einsprache betragen Fr. 750.00.
- 5.-6. RM-Belehrung, Zustellung.

E. Gegen diesen Beschluss liessen A. _____ sowie dreizehn weitere Parteien mit Eingabe vom 7. Juli 2017 beim Regierungsrat des Kantons Schwyz mit dem Antrag, der Gemeinderatsbeschluss vom 26. Juni 2017 sei aufzuheben und dem Gestaltungsplan AF. _____ sei die Genehmigung zu verweigern.

Mit Eingabe vom 20. Juli 2017 liessen auch X. _____ sowie vier weitere Parteien beim Regierungsrat des Kantons Schwyz Beschwerde erheben mit dem Antrag, der Beschluss des Gemeinderates Wollerau vom 26. Juni 2017 sei aufzuheben und der Gestaltungsplan AF. _____ sei nicht zu erlassen.

Der Regierungsrat hat die beiden Beschwerden vereinigt und sie mit Beschluss Nr. 227/2018 vom 27. März 2018 abgewiesen. Der Gestaltungsplan wurde mit gleichem Beschluss unter Vorbehalt wie folgt genehmigt:

1. (Abweisung der Beschwerden)
2. Der Gestaltungsplan AF. _____ Wollerau, wird unter Vorbehalt von Ziffer 3 und 4 genehmigt.
3. Art. 19 SBV ist wie folgt zu ändern:
"Im Baubewilligungsverfahren ist die Einhaltung der Planungswerte der Lärmempfindlichkeitsstufen II (ES II) gemäss Art. 43 der Lärmschutzverordnung (LSV, SR 814.41) nachzuweisen."
4. In der Legende zum Gestaltungsplan AF. _____ ist der Gewässerraum ausschliesslich unter dem orientierenden Inhalt aufzuführen.
5. Die Vorinstanz wird aufgefordert, dem Amt für Raumentwicklung innert 30 Tagen einen bereinigten Gestaltungsplan und bereinigte Sonderbauvorschriften einzureichen. Danach kann auf den Akten der Genehmigungsvermerk angebracht werden.
6. (Publikation)
7. (Verfahrenskosten)
- 8.-9. (Parteientschädigung)
10. (RM-Belehrung)
- 11.-12. (Zustellung)

F. Gegen diesen Beschluss liessen am 18. April 2018 A. _____ und dreizehn weitere Parteien beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgemäss Beschwerde erheben mit folgenden Anträgen (Verfahren III 2018 68):

1. Der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz v. 27. März 2018 (RRB Nr. 227/2018) sei vollumfänglich aufzuheben und der Gestaltungsplan "Untere Erlen" sei nicht zu genehmigen.
2. Der Einsprache- und Erlassentscheid des Gemeinderates Wollerau v. 26. Juni 2017 betreffend den Gestaltungsplan AF. _____ sei aufzuheben.
3. Dem Gestaltungsplan AF. _____ der Gesuchstellerin, inkl. Richtprojekte, Erläuterungsbericht, Sonderbauvorschriften und Vorteilserläuterungen usw.,

sei die Genehmigung zu verweigern, insbesondere bezüglich der verlangten "Temporärerschliessung". Eventualiter sei der Gestaltungsplan zur entsprechenden Überarbeitung zurückzuweisen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanzen.

Gleichentags liessen auch X. _____ sowie drei weitere Parteien beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde erheben mit folgenden Anträgen (Verfahren III 2018 69):

1. Der Beschluss des Regierungsrates Nr. 227 vom 27. März 2018 sowie der Beschluss des Gemeinderats Wollerau Nr. 2017.19 vom 26. Juni 2017 seien aufzuheben. Der Gestaltungsplan AF. _____ sei nicht zu erlassen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt. zu Lasten der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanzen.

G. Das instruierende Sicherheitsdepartement beantragt mit Vernehmlassung vom 27. April 2018 die Abweisung der Beschwerde im Verfahren III 2018 68 zu Lasten der Beschwerdeführer. Mit Eingabe vom selben Tag lässt das Sicherheitsdepartement auch die Abweisung der Beschwerde im Verfahren III 2018 69 beantragen.

Mit Eingabe vom 11. Mai 2018 lässt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde der Beschwerdeführer Ziff. 1-14 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen beantragen, soweit darauf einzutreten sei. Mit weiterer Eingabe vom 11. Mai 2018 lässt die Beschwerdegegnerin auch die Abweisung der Beschwerde der Beschwerdeführer Ziff. 15-18 beantragen.

Der Gemeinderat Wollerau lässt mit Eingabe vom 11. Juli 2018 zu beiden Beschwerden Stellung nehmen, wobei er die Abweisung der Beschwerden unter Kosten- und Entschädigungsfolgen beantragt.

H. Die Beschwerdeführer Ziff. 1-14 nehmen mit Eingabe vom 11. September 2018 Stellung zu den Vernehmlassungen der Vorinstanzen und der Beschwerdegegnerin.

Ebenfalls mit Eingabe vom 11. September 2018 nehmen die Beschwerdeführer Ziff. 15-18 Stellung zu den Vernehmlassungen der Vorinstanzen und der Beschwerdegegnerin.

Das Sicherheitsdepartement verzichtet mit Eingabe vom 18. September 2018 auf eine weitere Stellungnahme.

Die Beschwerdegegnerin äussert sich mit Eingabe vom 3. Oktober 2018 zu den Stellungnahmen der Beschwerdeführer.

Der Gemeinderat Wollerau äussert sich mit Eingabe vom 4. Oktober 2018 zu den Stellungnahmen der Beschwerdeführer.

I. Auf gerichtliche Aufforderung hin liess der Gemeinderat Wollerau mit Eingabe vom 4. Dezember 2018 dem Gericht zwei Beschlüsse vom 17. Mai 2015 und vom 21. September 2015 zur Kenntnisnahme zustellen.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Im Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; SRSZ 234.110) wird die Verfahrensvereinigung nicht ausdrücklich erwähnt. Nach konstanter Rechtsprechung können Beschwerden vereinigt werden, wenn das Gericht für zwei oder mehrere Verfahren in der gleichen Verfahrensart zuständig ist und sich die verschiedenen Beschwerden im Wesentlichen auf die gleichen Tatsachen (Sachverhalt) und die gleichen Rechtsgründe (Rechtsfragen) stützen (vgl. VGE 603 + 606/92 vom 23.9.1992 Erw. 1, Prot. 1018; VGE 116 + 129/94 vom 23.11.1994 Erw. 1, Prot. 1497f.; VGE 121 + 196/94 vom 11.1.1995 Erw. 1, Prot. 8f.; VGE 1025 + 1026/99 vom 15.7.1999 Erw. 1). Die Beschwerden richten sich gegen den gleichen Regierungsratsbeschluss und beinhalten im Wesentlichen die gleichen Rügen, weshalb eine Verfahrensvereinigung offenkundig gerechtfertigt ist.

2.1 Die Beschwerdeführer Ziff. 1-14 rügen in formeller Hinsicht eine unzulässige Vorbefassung des Gemeinderates (sowie der Hochbaukommission), wobei sie sich konkret auf einen Vorentscheid vom 26. Mai 2014 und die Teilnahme zweier Gemeinderäte an einem Informationsanlass vom 30. März 2015 berufen. Mit dem Beschluss vom 26. Mai 2014 habe der Gemeinderat einen Vorentscheid in dem Sinne erlassen, dass das Gestaltungsplangebiet über die AC. _____ als verkehrstechnisch und rechtlich genügend erschlossen zu betrachten sei. Mit dem fraglichen Vorentscheid – ohne Drittverbindlichkeit – seien Vorgaben und Weisungen gemacht und mit Vorentscheid vom 20. Oktober 2014 sei dann ein entsprechender Vorentscheid mit Drittverbindlichkeit erlassen worden. Bereits am 2. Mai 2014 hätten betreffend die Erschliessung des Gestaltungsplangebiets Besprechungen mit Vertretern der Gemeinde Wollerau stattgefunden. Es hätten somit Absprachen zwischen den Gesuchstellern und der Gemeinde stattgefunden. Am Informationsanlass vom 30. März 2015 hätten sich die Gemeinderäte U.M. und K.G. für die Interessen der Bauherrschaft einspannen lassen. Insgesamt würden ganz konkrete Gegebenheiten bestehen, welche die Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit mindestens der Gemeinderäte U.M.,

KG und W.I. zu begründen vermöchten. Der Regierungsrat habe sich mit diesen Einwänden nicht rechtsgenügend auseinandergesetzt.

2.2 Die Beschwerdeführer Ziff. 1-14 haben in ihrer Einsprache vom 17. November 2016 keine unzulässige Vorbefassung von Mitgliedern des Gemeinderates geltend gemacht und keinen Ausstand beantragt. Auch in der Beschwerde an den Regierungsrat vom 7. Juli 2017 haben sie diesen Einwand nicht vorgebracht, worauf die Beschwerdegegnerin vernehmlassend zu Recht hinweist. Die Rüge der Vorbefassung haben die Beschwerdeführer Ziff. 1-14 hingegen im separaten Einspracheverfahren gegen das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 17. Juli 2017 um Erlass eines verbindlichen Vorentscheids gemäss § 84 Abs. 3 Planungs- und Baugesetz (PBG; SRSZ 400.100, vom 14.5.1987) (betreffend baurechtliche Erschliessung der Parzellen KTN U._____, Wollerau) vorgebracht. Es wurde - sinngemäss gleich wie in der zu beurteilenden Beschwerde - geltend gemacht, Mitglieder des Gemeinderates (und der Hochbaukommission), welche an den Gemeinderatsbeschlüssen vom 26. Mai 2014 bzw. oder vom 20. Oktober 2014 mitgewirkt hätten und Mitglieder des Gemeinderates, welche an der Informationsveranstaltung der Beschwerdegegnerin vom 19. März 2015 teilgenommen hätten, hätten wegen Vorbefassung in den Ausstand zu treten. Über dieses Ausstandsbegehren hat der Regierungsrat mit Beschluss vom 20. Februar 2018 abschlägig entschieden, was vom Verwaltungsgericht mit VGE III 2018 56 vom 28. August 2018 bestätigt wurde. Dieser Entscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

2.3 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Beschluss des Gemeinderates vom 26. Juni 2017 mit welchem auf Gesuch der Beschwerdegegnerin vom Oktober 2016 hin der Gestaltungsplan AF._____ erlassen worden ist.

Das separate Vorentscheidverfahren betr. die baurechtliche Erschliessung des Gestaltungsplangebietes, welches auf Gesuch der Beschwerdeführerin vom 17. Juli 2017 eröffnet wurde, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Über die formelle Frage der Vorbefassung von Mitgliedern des Gemeinderates wurde wie bereits erwähnt rechtskräftig entschieden. Über die materielle Frage der baurechtlichen Erschliessung ist – soweit ersichtlich – noch nicht rechtskräftig entschieden worden. Die geltend gemachte Vorbefassung unter Bezugnahme einerseits auf Vorentscheide bzw. Beschlüsse vom 26. Mai 2014 (GRB Nr. 2014.182 betreffend Abschreibung des am 15.4.2010 eingereichten Erschliessungsgesuches) bzw. vom 20. Oktober 2014 (GRB Nr. 2014.335 [Feststellung betreffend die Erschliessung]), vom Regierungsrat mit RRB Nr. 1084/2015 vom 17.11.2015 aufgehoben, was mit VGE III 2015 228 v. 26.10.2016 bestätigt wurde) sowie andererseits auf die Teilnahme zweier Gemeinderäte an einer Informationsveranstaltung vom

März 2015 muss vorliegend denn nicht weiter beurteilt werden, sondern es kann auf die Ausführungen in VGE III 2018 56 verwiesen werden. Im Übrigen sind Ausstandsgründe unverzüglich vorzubringen, d.h. sobald bekannt oder absehbar ist, dass eine möglicherweise befangene Person an der Behandlung der Angelegenheit mitwirkt (BGE 136 I 207 Erw. 3.4). Die Vorbringen der Beschwerdeführer Ziff. 1-14 im vorliegenden Verfahren sind offenkundig verspätet. Die Beschwerdeführer Ziff. 1-14 waren schon am Verfahren gegen den Vorentscheid vom 20. Oktober 2014 (welches mit VGE III 2015 228 v. 26.10.2016 zu Gunsten der Beschwerdeführer Ziff. 1-14 rechtskräftig abgeschlossen wurde) beteiligt. Auch der Vorentscheid vom 26. Mai 2014 (welcher durch den Vorentscheid vom 20. Oktober 2014 abgelöst wurde) war den Beteiligten aus diesem Verfahren bekannt (vgl. VGE III 2015 228 v. 26.10.2016 Ingress lit. D). Ebenfalls die Teilnahme von zwei Gemeinderäten an einer Informationsveranstaltung vom Oktober 2015 – an welcher durch die Bauherrschaft über die Erschliessung des Gestaltungsplans AF. _____ informiert wurde - war den Beschwerdeführern Ziff. 1-14 offenkundig nicht erst im Zeitpunkt der Einreichung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. April 2018 bekannt (vgl. VGE III 2018 56 v. 28.8.2018 Erw. 4.2 wonach die Einladung vom 19.3.2015 zur fraglichen Informationsveranstaltung betr. Erschliessung/Projektstand AF. _____ der Beschwerdegegnerin an die Anwohner ging, mithin auch an die Beschwerdeführer Ziff. 1-14, welche in unmittelbarer Nähe des Gestaltungsplangebietes an der AC. _____ wohnen).

Insgesamt muss auf die von den Beschwerdeführern Ziff. 1-14 geltend gemachte Frage der unzulässigen Vorbefassung des Gemeinderates im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

3.1 Auch die Beschwerdeführer Ziff. 15-18 rügen eine Vorbefassung der mit dem Vorentscheid befassten Gemeinderats- und Hochbaukommissionsmitglieder. Allerdings beziehen sie sich bei dieser Rüge auf andere Beschlüsse des Gemeinderates. Es liege mit den Vorentscheiden vom 12. Mai 2015 und vom 21. September 2015 je ein Vorentscheid ohne Drittverbindlichkeit vor, der ohne Publikation und Auflage erfolgt sei, was unzulässig sei. Das Bundesgericht habe solche Vorentscheide als nicht zulässig erklärt (Urteil BGer 1P.224/1991 v. 9.9.1992). Der Gemeinderat habe sich mit den Entscheiden vom 12. Mai und vom 21. September 2015 nicht nur über abstrakte Rechtsfragen, sondern über konkrete und projektbezogene Fragen geäussert, insbesondere zur Frage, welche Ausnahmen von der Regelbauweise akzeptiert würden. Der Gemeinderat habe seine Antwort in das Gewand eines formellen Gemeinderatsbeschlusses gekleidet. Korrekterweise hätte die Gesuchstellerin ins Vorentscheidverfahren nach § 84 Abs. 3 PBG (bzw. § 23 Vollzugsverordnung zum Planungs- und Bau-

gesetz, PBV; SRSZ 400.111, vom 2.12.1997) verwiesen werden müssen. Die beiden Vorentscheide verletzen nicht nur den Anspruch auf rechtliches Gehör und die Rechtsmittelgarantie nach Art. 33 Abs. 2 und 3 Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) vom 22. Juni 1979, sondern auch den Anspruch auf eine unbefangenen und unparteiischen Richter nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Entgegen der Ansicht des Regierungsrates handle es sich bei den fraglichen Vorentscheiden nicht um Voranfragen, welche ausserhalb eines formellen Verfahrens gestellt würden und nicht zu einem Entscheid, sondern zu einer behördlichen Auskunft führten. Zwar habe der Regierungsrat korrekt festgestellt, dass das Ausstandsbegehren vom Gemeinderat zum Entscheid an den Regierungsrat hätte überwiesen werden müssen. Aufgrund der zwischenzeitlichen Rechtsänderung habe der Regierungsrat auf eine Aufhebung des angefochtenen Gemeinderatsbeschlusses verzichtet, was nicht angehe, zumal auch nach neuem Recht die Verwaltungsbehörde "in Abstand der betreffenden Mitglieder" über das Ausstandsbegehren hätte entscheiden müssen.

3.2 Die Beschwerdeführer Ziff. 15-18 haben bereits mit ihrer Einsprache vom 17. November 2016 beantragt "dass die einzelnen Mitglieder des Gemeinderates, die am Vorprüfungsentscheid bzw. an den Vorprüfungsentscheiden betreffend den Gestaltungsplan AF._____ mitgewirkt haben, in den Ausstand treten." Ein entsprechender sinngemässer Antrag wird auch in Bezug auf die Mitglieder der Hochbaukommission gestellt. Die Beschwerdeführer beziehen sich dabei auf Beschlüsse des Gemeinderates, welche auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 17. April 2015 und vom 20. Juni 2015 um Vorprüfung des Gestaltungsplans AF._____ im Sinne von § 22 PBV gefällt wurden.

Mit Einspracheentscheid vom 26. Juni 2017 wird das Ausstandsbegehren vom Gemeinderat in der Begründung abgewiesen (ohne separaten formellen Beschluss). Der Gemeinderat führt aus, das Instrument der Vorprüfung biete den Gesuchstellern gestützt auf § 84 Abs. 2 und 3 PBG die Möglichkeit, die für die Planungsvorbereitung wichtigen Baufragen im Vorfeld bereits abklären zu lassen. Für den vorliegenden Gestaltungsplan AF._____ sei explizit um einen Vorentscheid ohne Verbindlichkeit gegenüber Dritten ersucht worden, womit auf eine öffentliche Publikation habe verzichtet werden können. Diese Vorentscheide dienen der Gesuchstellerin dazu, ihr Gesuch zielführend weiter zu planen und eine aus Sicht des Gemeinderates bewilligungsfähige Eingabe vorzubereiten. Gestützt auf § 84 PBG sei die Möglichkeit des Vorentscheids durch die Bewilligungsbehörde ausdrücklich vorgesehen. Dass dieselbe

Bewilligungsbehörde in einem nachfolgenden Bewilligungsverfahren aus Gründen der Befangenheit nicht mehr mitwirken dürfe, sei nicht nachvollziehbar.

3.3 Der Regierungsrat weist im angefochtenen Beschluss unter Berufung auf § 138 Abs. 1 Justizgesetz (JG; SRSZ 231.110, vom 18.11.2009) darauf hin, dass das Ausstandsbegehren der Beschwerdeführer Ziff. 15-18 an den Regierungsrat hätte zum Entscheid überwiesen werden müssen. Auf die Aufhebung des Gemeinderatsbeschlusses wegen dieses formellen Mangels wurde jedoch verzichtet, da dies einen verfahrensökonomischen Leerlauf darstellen würde. Die Mitglieder des Gemeinderates hätten ihre Ausstandspflichten nicht verletzt und die revidierte Fassung von § 138 Abs. 1 JG (in Kraft seit 1.2.2018) sehe vor, dass über ein Streitiges Ausstandsbegehren neu die entsprechende Verwaltungsbehörde in Abstand des betreffenden Mitgliedes selber entscheide. In materieller Hinsicht verneint der Regierungsrat eine unzulässige Vorbefassung. Der Gemeinderat habe vor dem Erlass des Gestaltungsplanes AF._____ keinen verbindlichen Vorentscheid im Sinne von § 23 PBV getroffen. Im Gestaltungsplanverfahren sei dies denn auch nur nach einer öffentlichen Auflage des Gesuches möglich. Die amtliche Mehrfachbefassung sei vorliegend systembedingt; die Möglichkeit der Einholung eines Vorprüfungsberichts vor Erlass eines Gestaltungsplanes sei vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen.

3.4.1 Das Sicherheitsdepartement hält vernehmlassend fest, die Möglichkeit der Einholung eines Vorprüfungsberichts im Gestaltungsplanverfahren sei im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (§ 22 PBV). Der Gemeinderat habe keinen verbindlichen Vorentscheid getroffen. Es sei nur von der Möglichkeit der Einholung eines Vorprüfungsberichts Gebrauch gemacht worden.

3.4.2 Die Beschwerdegegnerin geht demgegenüber - anders als das Sicherheitsdepartement und der Regierungsrat - davon aus, dass es sich bei den fraglichen Gemeinderatsbeschlüssen um Vorentscheide handelt. Vernehmlassend hält sie fest, dass das Vorentscheidverfahren vom Gesetz vorgesehen sei. Die Vorentscheide seien mittlerweile durch den Beschwerdeentscheid des Regierungsrates ersetzt worden. Pauschale Ausstandsbegehren gegen den gesamten Gemeinderat seien ohnehin unzulässig.

3.5 Der Gemeinderatsbeschluss vom 12. Mai 2015 läuft unter dem Titel "Gestaltungsplan AF._____ KTN S._____, Wollerau, Vorprüfung". Im Sachverhalt wird ausgeführt, die Beschwerdegegnerin ersuche gestützt auf § 22 PBV um Vorprüfung des Gestaltungsplans AF._____ durch die Gemeinde sowie

das kantonale Amt für Raumentwicklung (ARE). Im Beschluss wird kurz zur Frage der Erschliessung über die AC._____ eingegangen, wobei keine abschliessende Beurteilung vorgenommen wird. Im Weiteren wird auf die im Gestaltungsplan (und den dazugehörigen Sonderbauvorschriften, SBV) vorgesehenen Abweichungen von der Normalbauweise und die gegenüber der Normalbauweise ausgewiesenen Vorteile eingegangen. Es werden Feststellungen getroffen, inwiefern von der Regelbauweise abgewichen wird und es wird ausgeführt, welche der von den Gesuchstellern geltend gemachten Vorteile anerkannt werden könnten und welche nicht. Abschliessend wird in den Erwägungen ausgeführt:

Die Bilanz zwischen den beantragten Ausnahmen und den ausgewiesenen Vorteilen erweist sich dennoch als ausgewogen, nachdem auf die Ausnahmen bezüglich Baulänge zu verzichten resp. diese erheblich zu reduzieren ist.

Im Dispositiv wird ausgeführt:

1. Der Gemeinderat nimmt Kenntnis vom vorliegenden Gestaltungsplan AF._____ mit den zugehörigen Unterlagen. Die mit der Vorprüfung zu behandelnden Fragen gelten als beantwortet.
2. Folgende Anpassungen sind aus Sicht des Gemeinderates vorzunehmen:
 - Es wird ein AZ-Bonus von 10% in Aussicht gestellt.
 - die beantragten Gebäudelängen in den Baubereichen B3 und B4 sind zu reduzieren.
 - Beim internen Gebäudeabstand ist die kommunale Abstandsregelung zu berücksichtigen.
3. Die Gesuchstellerin wird um Mitteilung ersucht, ob die Unterlagen aufgrund des gemeinderätlichen Befundes angepasst werden oder ob diese unverändert dem Kanton zur Vorprüfung zugestellt werden sollen.
4. Dieser Vorentscheid erlangt gegenüber Dritten keine Rechtswirkung, da keine Publikation verlangt, bzw. auf eine solche verzichtet wurde.

Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob der Gestaltungsplan in der Folge dem ARE zur Vorprüfung eingereicht wurde.

Am 21. September 2015 fällte der Gemeinderat einen weiteren Beschluss welcher den Titel "Gestaltungsplan AF._____ KTN S._____ Wollerau, 2. Vorprüfung" trägt. Im Sachverhalt wird wiederum ausgeführt, dass die Gesuchstellerin (in casu Beschwerdegegnerin) am 17. April 2015, mit Ergänzungen vom 29. Juni 2015, gestützt auf § 22 PBV um Vorprüfung des Gestaltungsplans AF._____ ersuche. Eine öffentliche Ausschreibung sei nicht erforderlich, da um eine Vorprüfung ohne Verbindlichkeit gegenüber Dritten ersucht werde. Im Weiteren wird ausgeführt, dass die Beanstandungen gemäss Gemeinderatsbeschluss vom 12. Mai 2015 berücksichtigt worden seien, was in

die Beurteilung einbezogen werde. In den weiteren Ausführungen wird wiederum zunächst auf die Frage der Erschliessung eingegangen, ohne diesbezüglich eine abschliessende Beurteilung vorzunehmen. Im Weiteren wird - wie schon beim vorgängigen Beschluss - auf die verschiedenen Abweichungen von der Regelbauweise eingegangen, es werden die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Vorteile aufgezählt und es wird ausgeführt, welche Vorteile anerkannt werden können. Abschliessend wird wiederum ausgeführt:

Die Bilanz zwischen den beantragten Ausnahmen und den ausgewiesenen Vorteilen erweist sich dennoch als ausgewogen, nachdem auf die Ausnahme bezüglich der Gebäudelänge verzichtet und die Ausnahme bezüglich der Erhöhung der Gebäudehöhe präzisiert wurde. Die beantragten Ausnahmen können somit in Aussicht gestellt werden.

Im Dispositiv wird festgehalten:

1. Der Gemeinderat nimmt Kenntnis vom vorliegenden Gestaltungsplan AF._____ mit den zugehörigen Unterlagen. Die mit der Vorprüfung zu behandelnden Fragen gelten als beantwortet.
2. Die Gesuchstellerin wird um Mitteilung ersucht, ob die Unterlagen zusammen mit dem gemeinderätlichen Befund dem kantonalen Amt für Raumentwicklung zur Vorprüfung zugestellt werden sollen.
3. Dieser Vorentscheid erlangt gegenüber Dritten keine Rechtswirksamkeit, da keine Publikation verlangt, bzw. auf eine solche verzichtet wurde.

Die Gemeinderatsbeschlüsse vom 12. Mai 2015 und vom 21. September 2015 waren im öffentlichen Auflageverfahren nicht bei den Akten. Aufgelegt wurde einzig der nach Erlass des Beschlusses vom 21. September 2015 verfasste Vorprüfungsbericht des ARE vom 26. November 2015. Das ARE nimmt darin zu verschiedenen Sonderbauvorschriften und darin vorgesehenen Abweichungen von der Regelbauweise sowie zu den geltend gemachten Vorteilen Stellung und hält abschliessend fest, dass der Gestaltungsplan AF._____ in dieser Form noch nicht dem Regierungsrat zur Genehmigung unterbreitet werden könne und verschiedene Vorbehalte und Empfehlungen zu bereinigen respektive umzusetzen seien. Die Vorbehalte und Empfehlungen beziehen sich zum Teil auf formelle Mängel in den Sonderbauvorschriften und im Plan (Richtprojekt wegleitend als Bestandteil bezeichnen, Hinweis auf das geltende Baureglement, Fassadenansichten ergänzen, Konkretisierung/Definierung betr. Nebenbauten und private Aussenbereiche; konkretere Angaben über Gebäudetypologie/Materialisierung und Farbgebung; Qualitäten der Erholungs- und Spielflächen nicht nur im Plan, sondern auch in den SBV definieren, Aufwertung des Altenbachs in den SBV konkretisieren). Im Weiteren wird ein Nachweis der Einhaltung der Planungswerte nach der Lärmschutzverordnung

und die schriftliche Einwilligung eines Nachbarn betr. Tiefgarage auf der Perimetergrenze verlangt.

Der Gestaltungsplan wurde in der Folge - soweit ersichtlich - den Empfehlungen und Vorgaben des ARE angepasst und anschliessend öffentlich aufgelegt, am 26. Juni 2017 vom Gemeinderat erlassen und liegt dem vorliegenden Beschwerdeverfahren zu Grunde.

3.6.1 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. vorstehend Erw. 2.3) sind zwar nicht die oberwähnten Beschlüsse des Gemeinderates vom 12. Mai und vom 21. September 2015. Die Zulässigkeit der im Rahmen dieser Beschlüsse erteilten Auskünfte und Antworten ist deshalb nur insoweit zu beurteilen, als sich dies auf die Rechtmässigkeit der Bewilligung des Gestaltungsplanes auswirkt, namentlich auf die Frage der Vorbefassung und Befangenheit des Gemeinderates (vgl. Urteil BGer 1C_150/2009 v. 8.9.2009 Erw. 3.3). Dennoch ist nachfolgend auf gewisse Widersprüche und rechtliche Unzulänglichkeiten dieser beiden Gemeinderatsbeschlüsse einzugehen.

3.6.2 Wie bereits erwähnt wurden die Beschlüsse des Gemeinderates vom 12. Mai 2015 und vom 21. September 2015 nicht öffentlich aufgelegt und auch nicht publiziert. Das kantonale Recht sieht einerseits für das Baubewilligungsverfahren und andererseits auch für das Gestaltungsplanverfahren die Möglichkeit vor, Vorentscheide zu erlassen.

Das Vorentscheidverfahren im Baubewilligungsverfahren wird in § 84 PBG geregelt, wobei das Gesetz eine Abstufung vornimmt. Gemäss § 84 Abs. 1 PBG berät die Gemeinde auf Anfrage den Gesuchsteller unverbindlich über die Anforderungen an ein Projekt und das zu beachtende Verfahren. Zur Abklärung wichtiger Baufragen kann der Bewilligungsbehörde das Gesuch um einen Vorentscheid unterbreitet werden. Der Vorentscheid ist hinsichtlich der behandelten Fragen in gleicher Weise verbindlich, gültig und anfechtbar wie eine Baubewilligung (§ 84 Abs. 2 PBG). Für Dritte erlangt der Vorentscheid nur Verbindlichkeit, wenn das ordentliche Baubewilligungsverfahren nach §§ 78 ff. PBG durchgeführt worden ist, was der Gesuchsteller ausdrücklich verlangen muss (§ 84 Abs. 3 PBG). Damit wird eine Stufenfolge von unverbindlicher Beratung über die Möglichkeit eines nur die Bewilligungsbehörde und die Bauherrschaft bindenden Vorentscheides - wobei dieser namentlich nur einzelne wichtige Teile betreffen kann (vgl. Baumann, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 62 N 3 f.; Kistler/Müller, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Brugg 2002, § 62 BauG N 4), wie die Zweckbestimmung des Vorentscheids "zur Abklärung wichtiger Baufragen" verdeutlicht - sowie die Verbindlich-

keit des Vorentscheids auch für Dritte normiert. Was nicht mittels eines Vorentscheids (rechtskräftig) geklärt wurde, kann grundsätzlich keine Bindungswirkung entfalten.

3.6.3 Ein Gestaltungsplan wird nicht im Baubewilligungsverfahren erlassen. Das Verfahren wird vielmehr separat geregelt (§ 30 f. PBG). Entsprechend gelangen im Gestaltungsplanverfahren auch nicht die Bestimmungen von § 84 PBG betr. baurechtlicher Vorentscheide zur Anwendung und es kann im Gestaltungsplanverfahren insbesondere kein Vorentscheid ohne öffentliche Auflage und ohne Drittverbindlichkeit im Sinne von § 84 Abs. 2 PBG gefällt werden. Diesbezüglich weisen die Beschwerdeführer Ziff. 15-18 zu Recht darauf hin, dass solche Vorentscheide ohne Drittverbindlichkeit, die ohne Aussteckung, öffentliche Publikation und Auflage erfolgen, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unzulässig sind (Urteil BGer 1P.224/1991 v. 9.9.1992, ZBI 1994 S. 66 ff.). Im zitierten Entscheid wird festgehalten, dass ein solcher Entscheid das gestützt auf Art. 33 Abs. 3 lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700, vom 22. Juni 1979) zu gewährleistende Beschwerderecht Dritter verletzt. Im Weiteren hält das Bundesgericht fest, dass aus einem Vorentscheidverfahren ohne Einbezug Dritter eine unzulässige Vorbefassung der Baubehörde resultieren kann. Die Baubehörde werde nur ungern eingestehen, dass ein Vorentscheid nicht richtig war. Wenn Dritte ihre Argumente erst im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren einbringen könnten, bestehe für sie insofern ein gewisser Nachteil. Baurechtliche Vorentscheide ohne Drittverbindlichkeit gelten deshalb als bundesrechtswidrig und werden in der Praxis aufgehoben, wenn sie angefochten werden (vgl. Urteile BGer 1C_150/2009 v. 8.9.2009 Erw. 3.5.4 f.; BGE 140 I 326 Erw. 6.2; Stalder/Tschirky, FHB Öffentliches Baurecht, Rz 2.76 m.H.). De lege ferenda wird es deshalb Sinn machen, die Aufhebung von § 84 Abs. 2 PBG zu prüfen (vgl. betr. Kt. ZH: Stalder/Tschirky, a.a.O., Rz 2.76 Anmerkung 90).

3.6.4 Ein Gestaltungsplan wird auf Gesuch der Grundeigentümer vom Gemeinderat erlassen; vorgängig ist der Gestaltungsplan öffentlich aufzulegen und es kann Einspruch erhoben werden (§ 30 Abs. 1-3 PBG). Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen Gestaltungspläne der Genehmigung des Regierungsrates (§ 30 Abs. 5 PBG).

Ein (Vor-)Prüfungsverfahren, wie es das kantonale Recht für die kommunale Nutzungsplanung vorsieht (vgl. §§ 25 PBG; § 9 Abs. 1 und § 13 PBV), ist dem Gestaltungsplanverfahren unbekannt und wird für dieses auch nicht verlangt. Hingegen besteht die Möglichkeit einer fakultativen Vorprüfung (§ 22 PBV) und eines Vorentscheides (§ 23 PBV). Nach § 22 PBV kann der Gemeinderat einen

Gestaltungsplan vor der öffentlichen Auflage mit seiner Beurteilung dem Amt für Raumentwicklung zur Vorprüfung einreichen. Soll im Gestaltungsplanverfahren ein Vorentscheid gefällt werden, gelangt allerdings nicht § 22 PBV zur Anwendung sondern § 23 PBV. Danach kann zur Abklärung wichtiger Planungsfragen dem Gemeinderat ein Gesuch um Vorentscheid zu einem Gestaltungsplan eingereicht werden (§ 23 Abs. 1 PBV). Das Gesuch um einen Vorentscheid ist gemäss § 30 Abs. 2 PBG öffentlich aufzulegen (§ 23 Abs. 2 PBV). Mit der Genehmigung durch den Regierungsrat wird der Vorentscheid auch gegenüber Dritten verbindlich (§ 23 Abs. 3 PBV).

3.6.5 Die Gemeinderatsbeschlüsse vom 12. Mai 2015 und vom 21. September 2015 hätten im Vorentscheidverfahren gemäss § 23 PBV gefällt und damit öffentlich aufgelegt werden müssen. Bei der fakultativen Vorprüfung im Sinne von § 22 PBV reicht der Gemeinderat dem ARE zwar eine Beurteilung ein, es geht dabei aber nicht um einen eigentlichen Vorentscheid und nicht um eine nicht öffentliche Vorprüfung durch den Gemeinderat, der gleichzeitig auch Erlassbehörde ist, sondern vielmehr um eine Vorprüfung durch ein kantonales Amt, d.h. durch das ARE, dem im Gestaltungsplanverfahren nicht die Funktion einer Erlass- oder Bewilligungsbehörde zukommt. Bei der fakultativen Vorprüfung geht es grundsätzlich darum, für die Beurteilung eines Gestaltungsplanes vorgängig die Sicht der kantonalen Verwaltung (nicht der kantonalen Bewilligungsbehörde) einzuholen und es geht um die frühzeitige Koordination mit dem kantonalen Recht sowie einer Berücksichtigung der kantonalen Rahmenbedingungen. Der Vorprüfungsbericht des ARE stellt keine verbindliche Weisung dar und gilt als Empfehlung bzw. Beratung. Diese Beratung durch ein kantonales Amt, welches - wie bereits erwähnt - weder Erlass- noch Genehmigungsbehörde ist, stellt keine unzulässige Beeinflussung dar (vgl. Häuptli in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, § 23 Rz 8 und 20-22).

Ein Einbezug des ARE lässt sich den Beschlüssen vom 12. Mai und 21. September 2015 nicht entnehmen (vgl. die jeweiligen Sachverhalte und Verteiler der beiden Beschlüsse). Sinn und Zweck der Beschlüsse vom 12. Mai und 21. September 2015 war es offensichtlich nicht in erster Linie, die Sichtweise einer kantonalen Fachinstanz einzuholen, denn es wurde in den Beschlüssen vielmehr den Gesuchstellern überlassen, ob diese und die Gestaltungsplanunterlagen überhaupt der kantonalen Verwaltung eingereicht werden sollen. Es ging mithin vielmehr darum, einen eigentlichen Vorentscheid einzuholen bzw. zu erlassen, weshalb die Beschlüsse in Dispositiv Ziff. 3 auch als Vorentscheide bezeichnet werden. Unter diesem Titel hätte indes die Vorgehensweise gemäss § 23 PBV beschritten werden müssen.

Wie bereits erwähnt sind allerdings die rechtlichen Mängel der Gemeinderatsbeschlüsse vom 12. Mai und vom 21. September 2015 nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Nachfolgend zu prüfen ist vielmehr, ob die in den Beschlüssen vom 12. Mai und vom 21. September 2015 durch den Gemeinderat erteilte Beurteilung des Gestaltungsplanes sich auf die Rechtmässigkeit der Bewilligung des Gestaltungsplanes auswirkt, namentlich auf die Frage der Vorbefassung und Befangenheit des Gemeinderates.

4.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Garantie des verfassungsmässigen Richters (Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK) kann eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegen, wenn dieser bereits in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst war und dabei eine ähnliche oder qualitativ gleiche Frage zu beurteilen hatte (vgl. BGE 131 I 113 Erw. 3.4 - 3.6 S. 116 ff. mit Hinweisen). Für nichtgerichtliche Behörden - wie hier für Mitglieder des Gemeinderates - kommen Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zur Anwendung. Hingegen gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung; das Gebot der Unbefangenheit bildet einen Teilgehalt dieses Grundrechts. Im Kern der Garantie der Unbefangenheit steht für Richter wie Verwaltungsbeamte oder Behördenmitglieder, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt habe (BGE 140 I 326 Erw. 5.2 m.H.). Allerdings kann die Rechtsprechung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Gerichtsbehörden nicht ohne Weiteres auf erstinstanzliche Verwaltungsverfahren übertragen werden. Bei Exekutivbehörden ist dabei zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer Aufgaben einhergeht (BGE 140 I 326 Erw. 5.2 m.H.). Die Anforderungen an die Unparteilichkeit von Verwaltungs- und Exekutivbehörden müssen daher in jedem Einzelfall, unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation, ermittelt werden (BGE 125 I 119 Erw. 3f S. 124 f., 209 Erw. 8a S. 218). Ist die amtliche Mehrfachbefassung systembedingt und damit unvermeidlich, so liegt grundsätzlich keine unzulässige Vorbefassung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV vor (Urteil BGer 1C_150/2009 v. 8.9.2009 Erw. 3.5 m.H.; BGE 140 I 326 Erw. 5.2). Dabei ist vorab je nach Verfahrensart, Funktion oder Streitgegenstand des betreffenden Verfahrens zu unterscheiden (BGE 140 I 326 Erw. 5.2 m.H.).

4.2.1 Zur Frage der Voreingenommenheit von Baubehörden hat sich das Bundesgericht mit Urteil 1C_150/2009 vom 8. September 2009 geäussert. In diesem Fall hatte der Stadtrat Baden (Baubewilligungsbehörde) auf Voranfrage

der Bauherrschaft eine unverbindliche Stellungnahme erteilt, wobei er allfällige berechnete Einsprachen Dritter sowie die Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung ausdrücklich vorbehalten hat. Das Bundesgericht hielt fest, Zweck der Voranfragen sei es, möglichst frühzeitig eine Stellungnahme der Behörde zu erhalten, die anschliessend auch für die Erteilung der Baubewilligung zuständig sei. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Stadtrat bzw. die Baukommission, die auf Voranfrage eine Auskunft erteilt hätten, im Baubewilligungsverfahren in den Ausstand treten müsste (Erw. 3.5.3). Allerdings verlangte das Bundesgericht ein verfassungskonformes Vorgehen bei der Beantwortung solcher Voranfragen (Erw. 3.5.4):

Es muss sichergestellt werden, dass das Voranfrageverfahren, das ohne Beteiligung legitimer Dritter stattfindet, das Baubewilligungsverfahren nicht vorwegnimmt und nicht den Anschein erweckt, die zuständige Behörde werde ihre Beurteilung des Bauvorhabens im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren nicht mehr revidieren. Ob dies der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von Art, Umfang und Bedeutung der aufgeworfenen baurechtlichen Fragen, dem Entscheidungsspielraum der Baubehörde und dem Projektierungsstadium: Bei der Beantwortung abstrakter Rechtsfragen in einem frühen Stadium der Projektierung besteht in aller Regel keine Gefahr der späteren Befangtheit; gleiches gilt bei Auskünften über baurechtliche Fragen, die gesetzlich determiniert sind und (bei einer späteren Anfechtung der Baubewilligung durch Dritte) von den Rechtsmittelbehörden frei überprüft werden können. Dagegen kann bei einer umfangreichen und detaillierten Prüfung konkreter, projektbezogener Fragen, namentlich im Autonomiebereich der Gemeinde, die Gefahr einer Vorbestimmung des Baubewilligungsverfahrens bestehen. In solchen Fällen muss der Gesuchsteller ins Vorentscheidungsverfahren nach § 62 BauG verwiesen werden, in welchem die Rechte betroffener Dritter gewährleistet sind.

Im konkreten Fall hat der Stadtrat Baden im Rahmen der Voranfrage der Bauherrschaft insbesondere die Frage der Einordnung und Gestaltung der Baute, das mögliche Mass der Verdichtung und die Volumetrie der Baute beurteilt und festgehalten, dass diese im fraglichen Quartier gerade noch verträglich sei. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass diese Rechtsfrage für den Ausgang des nachfolgenden Baubewilligungsverfahrens von zentraler Bedeutung gewesen sei, da sich die Einsprachen vor allem gegen die aus Sicht der Einsprecher übermässige Ausnützung des Baugrundstückes und die ungenügende Einordnung in die bauliche Umgebung richteten. Bei der Beurteilung dieser ästhetischen Fragen komme der Baubehörde ein grosser Spielraum zu, der von den Rechtsmittelbehörden respektiert werden müsse. Insofern erscheine es problematisch, wenn die Baubehörde sich hierzu eine Meinung bilde, ohne die Auffassung und Argumente der betroffenen Nachbarn zu kennen. Hinzu käme, dass sich die Baukommission gestützt auf Baupläne intensiv mit den Voranfragen befasst habe. Insgesamt gelangte das

Bundesgericht zum Schluss, dass für die Einsprecher der Eindruck habe entstehen können, die Baukommission habe sich bereits eine abschliessende Meinung zum Bauprojekt gemacht und werde sich im Baubewilligungsverfahren, ungeachtet der Argumente der Einsprecher, nicht mehr umstimmen lassen. Erschwerend kam hinzu, dass die Voranfrage im Baubewilligungsverfahren nicht von Anfang an transparent gemacht worden ist, wodurch für die Beschwerdeführer der Eindruck eines heimlichen Zusammenwirkens von Baubehörde und Bauherrschaft habe entstehen können. Aufgrund all dieser Umstände bejahte das Bundesgericht eine verfassungswidrige Vorbefassung der Baukommission. Diese habe wesentlichen Einfluss auf den Inhalt der Baubewilligung gehabt, weshalb die Baubewilligung aufgehoben wurde.

4.2.2 Im Fall "Vitznau" (BGE 140 I 326) ging es um die Mitwirkung zweier Gemeinderäte in der Jury für einen Gestaltungsplan (Architekturwettbewerb). Das Bundesgericht führte u.a. aus, beim informell-kooperativen Verwaltungshandeln sei die Gefahr besonders gross, dass die Interessen unbeteiligter Dritter oder der Allgemeinheit nicht angemessen berücksichtigt würden. Habe sich ein Privater mit der Verwaltung vor Einleitung des förmlichen Verfahrens über die wesentlichen Inhalte eines Vorhabens informell abgesprochen, werde sich die Behörde beim anschliessenden Entscheid - wenn auch nicht rechtlich, so doch faktisch - in der Regel an die Absprache gebunden fühlen. In dieser Situation hätten die unbeteiligten Dritten (Einsprecher) berechtigten Anlass zu befürchten, dass die vorbefasste Behörde nicht mehr imstande sei, die Einwände gegenüber dem Vorhaben mit hinreichender Offenheit und Unabhängigkeit zu prüfen. Im Weiteren betonte das Bundesgericht, dass der Einsprache eine herausragende Bedeutung zur Gewährleistung des Gehörsanspruchs Dritter zukomme. Informelles Verwaltungshandeln im Vorfeld der öffentlichen Planaufgabe dürfe deshalb den Einspracheentscheid in keiner Weise vorwegnehmen. Andernfalls verlöre das bundesrechtlich vorgeschriebene Auflageverfahren (Art. 33 Abs. 1 RPG) seine Bedeutung als Mittel für eine sachgerechte Entscheidungsfindung im Bau- und Planungsrecht (Erw. 6.2). Für die Zulässigkeit einer Vorbefassung durch Mitglieder der Bewilligungsbehörde hat das Bundesgericht im Weiteren folgende Kriterien aufgestellt (Erw. 6.3):

Ausgehend von diesen für Gerichtsverfahren entwickelten Grundsätzen ist für Bau- und Planungssachen zu unterscheiden zwischen der unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Fragen, der Beantwortung konkreter Fragen, der eigentlichen Beratung der Bauherrschaft und dem verbindlichen Vorentscheid.

Bei der unverbindlichen Stellungnahme zu abstrakten Rechtsfragen besteht in der Regel keine Gefahr der späteren Befangenheit (vgl. Urteil 1C_150/2009 vom 8.

September 2009 E. 3.5.4, in: ZBI 112/2011 S. 478 ff.). In diesem Sinne verneinte das Bundesgericht im Urteil 1C_100/2012 vom 16. Oktober 2012 bei einer generellen Auskunft des Gemeinderates über die grundsätzliche Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens eine unzulässige Vorbefassung im Hinblick auf den anschliessenden Baubewilligungsentscheid (a.a.O. E. 2.2).

Dagegen kann bei einer umfangreichen und detaillierten Beantwortung konkreter, projektbezogener Fragen die Gefahr einer Vorbestimmung des anschliessenden Verfahrens bestehen. Dementsprechend bejahte das Bundesgericht im Urteil 1C_150/2009 vom 8. September 2009 (in: ZBI 112/2011 S. 478 ff.) die Befangenheit der Baukommission, die im Hinblick auf das anstehende Baubewilligungsverfahren zu einem Bauvorhaben konkret Stellung nahm. Für das Bundesgericht fiel unter anderem ins Gewicht, dass sich die Baukommission in ihrer Stellungnahme umfassend und detailliert zu zentralen Punkten des Baubewilligungsverfahrens geäussert hatte. Das Projekt war zudem aufgrund von Anregungen der Baukommission im Hinblick auf die Baubewilligung leicht abgeändert worden; insofern hatte die Kommission praktisch als Beraterin fungiert. Unter diesen Umständen konnte für die Einsprecher der Eindruck entstehen, die Baukommission habe sich zum Vorhaben bereits eine feste Meinung gebildet und werde sich im Baubewilligungsverfahren - ungeachtet der Einsprachen - nicht mehr umstimmen lassen (a.a.O. E. 3.5.5).

Die Begleitung durch die Behörden darf mithin nicht so weit gehen, die Bauherrschaft bei ihrer Ausarbeitung des Gestaltungsplans oder Baugesuchs in detaillierter Weise zu beraten oder ihr vor Berücksichtigung allfälliger Drittinteressen darüber hinaus die verbindliche Zusage zu machen, das Vorhaben in einer bestimmten Form bewilligen zu können (vgl. Schindler, a.a.O., S. 131 f. und 137; für den verbindlichen Vorentscheid auch Urteil 1P.224/1991 vom 9. September 1992 E. 2c, in: ZBI 95/1994 S. 66 ff). Eine eigentliche Beratertätigkeit bildet auch nach § 14 Abs. 1 lit. e VRG - wie in anderen kantonalen Verfahrensordnungen - einen gesetzlich geregelten Ausstandsgrund.

Im Weiteren führte das Bundesgericht aus, dass sich der Anschein der Befangenheit durch den Beurteilungsspielraum der Entscheidungsbehörde zusätzlich verstärken könne. Je grösser der Spielraum sei, umso eher bestehe Anlass zur Besorgnis, die Amtsperson werde auf ihr in Abwägung verschiedener Gesichtspunkte getroffenes Urteil bei späterer Befassung nicht mehr zurückkommen. Bei Fragen der siedlungsplanerischen und landschaftlichen Einordnung stehe der Gemeinde - trotz grundsätzlicher voller Überprüfung durch die Beschwerdebehörde - ein gewisses Planungsermessen zu, welches im kommunalen Recht auf den Gemeinderat übertragen werde. Umso problematischer erscheine es, wenn sich Vertreter des Gemeinderats zu den erwähnten Punkten bereits eine Meinung gebildet hätten, ohne die Auffassung der Planbetroffenen zu kennen (Erw. 7.3).

Auch in diesem Fall wurde der Gestaltungsplan wegen Befangenheit des Gemeinderates vom Bundesgericht aufgehoben.

4.3 In den Beschlüssen vom 12. Mai 2015 und vom 21. September 2015 hat der Gemeinderat nicht bloss unverbindliche Stellungnahmen zu abstrakten Rechtsfragen abgegeben. Vielmehr hat er sich unter Vorlage eines ausgearbeiteten bzw. auf seine Empfehlung nachgebesserten Gestaltungsplanes zu diesem geäussert, wobei einerseits die Frage der Erschliessung und andererseits die Frage, ob der Gestaltungsplan mehrere, wesentliche Vorteile gegenüber der Normalbauweise beinhalte, so dass die vorgesehenen Ausnahmen von den kantonalen und kommunalen Vorschriften in Aussicht gestellt werden könnten, geprüft wurden.

Die Frage der Erschliessung und die Frage, ob die ausgewiesenen Vorteile des Gestaltungsplanes die verlangten Ausnahmen von der Regelbauweise zu rechtfertigen vermögen (§ 24 Abs. 2 und 3 PBG), bilden den Schwerpunkt der Einsprachen und der Beschwerden sämtlicher Beschwerdeführer. Sowohl die Beschwerdeführer Ziff. 1-14 als auch die Beschwerdeführer Ziff. 15-18 bestreiten zunächst, dass das Gestaltungsplangebiet genügend erschlossen ist. Im Weiteren machen sowohl die Beschwerdeführer Ziff. 1-14 als auch die Beschwerdeführer Ziff. 15-18 geltend, die von der Gesuchstellerin extensiv angebehrten Nachteile bzw. Abweichungen von der Normalbauweise würden durch keine genügenden Vorteile aufgewogen. Die geplante Überbauung gliedere sich nicht in die bestehende Überbauungsstruktur in der W2-Zone ein. Die kleinteilige, offene Bauweise der Umgebung werde ignoriert. Die vom Gemeinderat anerkannten Mehrleistungen (Vorteile) des Gestaltungsplanes werden praktisch durchgehend bestritten.

In Bezug auf die Frage der Erschliessung führt der Gemeinderat in den Beschlüssen vom 12. Mai und vom 21. September 2015 aus, es genüge, wenn im Gestaltungsplan die Möglichkeit zur Erschliessung aufgezeigt werde. Es wird auf die vorgesehene Erschliessung über die AC. _____ hingewiesen und festgehalten, dass das Areal bei einem Bau der AE. _____ problemlos ab der geplanten Zufahrt erschlossen werden könne. Im Weiteren wird auf ein separates Verfahren um Vorentscheid bezüglich Erschliessungshilfe verwiesen.

In Bezug auf die Frage der Gewährung von Ausnahmen gegenüber der Regelbauweise in Berücksichtigung der Vorteile des Gestaltungsplanes (Voraussetzung für die Bewilligung eines Gestaltungsplanes gemäss § 24 Abs. 2 und 3 PBG) äussert sich der Gemeinderat in beiden Beschlüssen über mehrere Seiten ausführlich. Die erstmalige "Vorprüfung" des Gestaltungsplanes führte zu einer Anpassung (Reduktion der Baulängen in den Baubereichen B3 und B4 bzw. Unterteilung der Baukörper), weshalb über den Gestaltungsplan am 21. September

2015 nochmals ein Beschluss gefällt wurde. In diesem Beschluss anerkennt der Gemeinderat folgende Vorteile:

- Die architektonische Qualität werde über die strikten Festlegungen in den Sonderbauvorschriften sowie im Gestaltungsplan selbst erzielt. Der Nutzungstransfer sei im Gestaltungsplangebiet stark eingeschränkt, was eine unverhältnismässige Massierung von Nutzung stark einschränke.
- Der an der Westseite verlaufende Altenbach solle im Zuge der Umsetzung aufgewertet werden; die Siedlung werde durch starke Versätze in diesem Teil in der Tiefe gegliedert.
- Das Landschaftskonzept Höfe, welches nur behördenverbindlich sei, werde berücksichtigt.
- Der Anteil an Spiel- und Erholungsflächen betrage mindestens 22%; gefordert wären 20%.
- Nur die Zufahrt zur Tiefgarage werde als oberirdische Fahrverkehrsanlage ausgebildet.
- Abgesehen von den Besucherparkplätzen würden alle Parkplätze in der Tiefgarage angelegt.

Nicht als besondere Vorteile wurden eine extensive Begrünung der Flachdächer und eine verdichtete Bauweise anerkannt. Abschliessend wurde festgehalten, die beantragten Ausnahmen könnten in Aussicht gestellt werden.

Auch wenn der Gestaltungsplan nach der Vorprüfung durch das ARE noch in gewissen Teile angepasst wurde und neu das Grundstück KTN T. _____ in die Planung einbezogen wurde, ist doch unbestritten, dass der am 6. Oktober 2016 beim Gemeinderat zur Bewilligung eingereichte Gestaltungsplan AF. _____ ansonsten dem vom Gemeinderat mit Beschlüssen vom 12. Mai und vom 21. September 2015 beurteilten Gestaltungsplan entspricht. Entsprechend bildet auch der Vorprüfungsbericht des ARE vom 26. November 2015 Teil der öffentlich aufgelegten Gesuchsunterlagen.

Im angefochtenen Gemeinderatsbeschluss vom 26. Juni 2017 wird festgehalten, dass die Gesuchsteller insgesamt fünf Ausnahmen beantragten, dem gegenüber stünden die vom Gemeinderat als echte Vorteile anerkannten sechs Vorteile. Konkret werden im Gemeinderatsbeschluss vom 26. Juni 2017 folgende Vorteile anerkannt (S. 4): erhöhter Anteil an Frei- und Erholungsflächen von mindestens 22% der anrechenbaren Bruttogeschossfläche; besondere architektonische Qualität; unterirdische Parkierung; Aufwertung des Gewässers auf der Westseite; landschaftliche Aufwertung des Übergangsbereichs Kulturlandschaft; durchlässi-

ges Erschliessungskonzept/Trennung von Fuss- und Fahrverkehr, geringer Anteil von Verkehrsanlagen. Dieselben Vorteile wurden bereits im Beschluss vom 21. September 2015 anerkannt (ortsbauliche/architektonische Qualität, Aufwertung Altenbach auf der Westseite, Übergangsbereich Kulturlandschaft, erhöhter Anteil Erholungsflächen mindestens 22%, Trennung Fussgänger und Fahrverkehr/durchlässiges Erschliessungskonzept, unterirdische Parkierung). Auch die im Gemeinderatsbeschluss vom 26. Juni 2017 anerkannten Ausnahmen stimmen grundsätzlich mit denjenigen überein, welche bereits im Gemeinderatsbeschluss vom 21. September 2015 anerkannt wurden; es handelt sich dabei um folgende Abweichungen von der Regelbauweise: Erhöhung der Ausnützungsziffer um 15%, Erhöhung der Anzahl sichtbarer Geschosse um ein Vollgeschoss, Erhebung des Gebäudes über dem gewachsenen Terrain um maximal 3 m, Unterschreitung der arealinternen Grenz- und Gebäudeabstände. Neu wird im Gemeinderatsbeschluss vom 26. Juni 2017 einzig die Aufhebung der arealinternen Mehrlängenzuschläge als Ausnahme von der Regelbauweise aufgeführt, allerdings ergibt sich auch aus dem Beschluss vom 21. September 2015, dass der Mehrlängenzuschlag nur gegen Aussen eingehalten wird.

Insgesamt entspricht die vom Gemeinderat im Beschluss vom 26. Juni 2017 vorgenommene Abwägung zwischen den in Anspruch genommenen Ausnahmen von der Regelbauweise mit den Vorteilen des Gestaltungsplans im Sinne von § 24 Abs. 2 und 3 PBG praktisch exakt derjenigen, welche bereits im Beschluss vom 21. September 2015 (und im Wesentlichen auch im Beschluss vom 12.5.2015) vorgenommen wurde. Bei der Prüfung der Frage, ob ein konkreter Gestaltungsplan den gesetzlichen Vorgaben nach § 24 Abs. 2 und 3 PBG entspricht, d.h. ob der Gestaltungsplan mehrere wesentliche Vorteile gegenüber der Normalbauweise beinhaltet (§ 24 Abs. 2 PBG), mit dem abschliessenden Befund, dass die beantragten Ausnahmen in Aussicht gestellt werden könnten, handelt es sich nicht um die - grundsätzlich zulässige - Beantwortung abstrakter Rechtsfragen in einem frühen Projektstadium; im Beschluss vom 21. September 2015 (und vom 12.5.2015) wurde vielmehr - wie vorstehend dargestellt - eine umfangreiche und detaillierte Prüfung konkreter, projektbezogener Fragen vorgenommen, indem Ausnahmen und Vorteile gegenüber der Regelbauweise aufgezeigt und eine abschliessende Abwägung vorgenommen wurden. Der Gemeinderat hat den Gestaltungsplan mit den Beschlüssen vom 12. Mai 2015 und vom 21. September 2015 sogar mehrmals geprüft und der Gestaltungsplan wurde entsprechend seinen Empfehlungen angepasst. Der Gemeinderat hat dadurch mithin praktisch als Berater der Gesuchstellerin agiert, wobei vor der Berücksichtigung allfälliger Drittinteressen die Gewährung der im Gestaltungsplan vorgesehenen Ausnahmen von der Regelbauweise in Aussicht gestellt wur-

den, was nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine unzulässige Vorbefassung darstellt (vgl. BGE 140 I 326 Erw. 6.3)

Die Prüfung der Frage, ob der Gestaltungsplan den Anforderungen von § 24 Abs. 2 und 3 PBG entspricht und die vorgesehenen Ausnahmen bewilligt werden können, war für den Ausgang des nachfolgenden Planbewilligungsverfahrens von zentraler Bedeutung, richteten sich die Einsprachen - neben der Frage der Erschliessung - vor allem auch gegen die aus ihrer Sicht übermässige Ausnützung des Gestaltungsplangebietes, die ungenügende Einordnung der drei- und vierstöckigen Bauten in die W2-Zone und die im Gegenzug nicht ersichtlichen bzw. zu geringen Vorteile der in Anspruch genommenen Ausnahmen gegenüber der Regelbauweise (vgl. Urteil BGer 1C_150/2009 v. 8.9.2009 Erw. 3.5.5). Es gilt in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass den kommunalen Planungsbehörden im Bereich der Nutzungsplanung ein Ermessensspielraum zusteht (Art. 2 Abs. 3 RPG). Die Rechtsmittelbehörden dürfen nicht unter mehreren zweckmässigen Lösungen wählen bzw. ihr eigenes Ermessen an die Stelle des zuständigen Gemeinwesens setzen. Im Bereich der Gestaltungsplanung kommt dem Gemeinderat bei der Gewichtung der einzelnen Vorteile des Gestaltungsplanes und bei der Beurteilung der Ausgewogenheit der beanspruchten Ausnahme daher ein gewisses Ermessen zu (Urteil BGer 1C_76/2012 v. 6.7.2012 Erw. 4.6; BGE 140 I 326 Erw. 7.3). Der Anschein der Befangenheit verstärkt sich durch den Beurteilungsspielraum der Entscheidungsbehörde zusätzlich. Je grösser der Spielraum ist, umso eher besteht Anlass zur Besorgnis, die Amtsperson werde auf ihr in Abwägung verschiedener Gesichtspunkte getroffenes Urteil bei späterer Befassung nicht mehr zurückkommen (BGE 140 I 326 Erw. 7.3).

Erschwerend kommt vorliegend hinzu, dass die Voranfragen bzw. die dazu gefällten Beschlüsse nicht transparent gemacht wurden. Wie bereits erwähnt wurden sie im Rahmen der öffentlichen Auflage des Gestaltungsplanes nicht zu den Akten gelegt. Auch im nachfolgenden Beschwerdeverfahren wurden sie nicht zu den Akten gegeben. Das Gericht hat die Beschlüsse erst auf Nachfrage hin zur Einsicht erhalten.

Aus all diesen Gründen konnte für die Einsprecher der Eindruck entstehen, der Gemeinderat habe sich bereits aufgrund der Beschlüsse vom Mai und September 2015 eine abschliessende Meinung zum Gestaltungsplan gemacht und werde sich im Einspracheverfahren, ungeachtet der Argumente der Einsprecher, nicht mehr umstimmen lassen (Urteil BGer 1C_150/2009 v. 8.9.2009 Erw. 3.5.5).

Wäre die Vorprüfung in dem dafür vorgesehenen Verfahren gemäss § 23 PBV durchgeführt und damit öffentlich aufgelegt worden, würde keine unzulässige Vorbefassung vorliegen. Der Gemeinderat ist sowohl für die Behandlung des

städtebauliche Qualität aufweisen und dürfen nicht der raschen und bequemen Realisierung von Vorhaben dienen (Aemisegger/Kissling, Praxiskommentar RPG, Nutzungsplanung, Vorbem. Rz 62).

5.2 Was die Korrelation zwischen Vorteilen des Gestaltungsplanes und den beantragten Abweichungen von der Regelbauweise anbelangt, gilt nach konstanter Rechtsprechung, dass je mehr Vorteile im Sinne von § 24 Abs. 3 PBG ins Gewicht fallen, desto grösser die Ausnahmen im Gestaltungsplan sein dürfen (vgl. VGE III 2011 152 v. 18.1.2012 Erw. 1.4; VGE III 2010 66 vom 26.8.2010 Erw. 2.1; vgl. auch BGE 135 II 223 Erw. 5.8, wonach erhebliche Abweichungen von der Grundnutzungsordnung in einer umfassenden Interessenabwägung zu begründen sind). Dies bedeutet umgekehrt, dass bei geringen Vorteilen des Gestaltungsplanes im Vergleich zur Grundordnung weniger Abweichungen von der Regelbauweise gerechtfertigt sind. Mit anderen Worten ist ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Vorteilen des Gestaltungsplanes einerseits und dem (zulässigen) Ausmass der Abweichungen von der Regelbauweise andererseits nötig. Die Überprüfung dieses dargelegten Verhältnisses setzt voraus, dass nicht nur die Vorteile bzw. Mehrleistungen des Gestaltungsplanes untersucht und bejaht werden, sondern auch das Ausmass der (maximalen) Abweichungen von der Regelbauweise hinreichend überprüft und definiert wird. Anzuführen ist, dass das Bundesgericht im zit. Urteil 1C_188/2007 vom 1. April 2009 (= BGE 135 II 219) in Erwägung 5.2 festgehalten hat, dass die Abweichungen nicht dazu führen dürfen, dass die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung ihres Sinngehalts entleert würde. Generell ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Nutzungserhöhungen in Sondernutzungsplänen bzw. Gestaltungsplänen sorgfältig und zurückhaltend umzugehen, weisen sie doch materiell eine Art "Ausnahmebewilligungscharakter" auf (Aemisegger/Kissling, Praxiskommentar RPG, Nutzungsplanung, Vorbem. Rz 63 m.H.).

5.3 Der Regierungsrat hat im angefochtenen Beschluss festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin die in Art. 82 Abs. 2 BauR vorgesehenen Ausnahmen weitestgehend beansprucht. In Anbetracht des Leistungsausweises des Gestaltungsplanes würden sich die von der Vorinstanz zugestandenen Ausnahmen als "noch" verhältnismässig erweisen.

Dazu ist anzumerken, dass im Gestaltungsplangebiet 12 Baubereiche ausgewiesen werden. In sämtlichen Baubereichen (ausser E) werden die Erhöhung der Ausnutzungsziffer (von zulässigen 0,4 auf 0,5), die Erhöhung der Geschosszahl um ein Geschoss, die Vergrösserung der Gebäudehöhe (von zulässigen 8,0m auf 9.80m - 10.50m, nur Baubereich E hält die gemäss BauR zulässige Gebäudehöhe von 8m ein), die Reduktion der internen

Gebäudeabstände (um 3m - 4,5m) und die Aufhebung/Reduktion von Mehrlängenzuschlägen beansprucht. Die dadurch auch ökonomisch erzielbaren Vorteile für die Gesuchsteller sind beträchtlich; das Gestaltungsplangebiet wird weitgehend wie eine W3-Zone genutzt, ohne dass eine entsprechende Mehrwertabgabe eingefordert werden könnte (vgl. § 36d Abs. 2 PBG). Es stellt sich die Frage, ob die anerkannten Vorteile noch in einem ausgewogenen Verhältnis stehen zu den vielen beanspruchten Ausnahmen. Diesbezüglich ist auf folgende Punkte hinzuweisen:

Die maximale Gebäudehöhe über dem gewachsenen Terrain liegt gemäss Art. 20 Abs. 2 BauR bei Terrassenhäusern sowohl in der W2- als auch in der W3-Zone bei 8m. In der W3-Zone gilt ansonsten eine maximale Gebäudehöhe von 10m. Diese maximale Gebäudehöhe von 10m für die W3-Zone wird in sämtlichen Baubereichen des Gestaltungsplanes, ausser in den Bereichen B4 und E, überschritten. Nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist es in der Regel nicht zulässig, dass im Gestaltungsplangebiet selbst die maximale Gebäudehöhe der nächst höheren Zone (d.h. in casu W3) überschritten wird. Bei diesen Massen kann nicht mehr gesagt werden, der Charakter der Grundordnung (W2) werde noch gewahrt (VGE III 2016 108 v. 31.1.2017 Erw. 5.4.2 = EGV-SZ 2017 B 8.1). Anzumerken gilt dabei, dass die im Baureglement festgehaltenen Maximalhöhen für Bauten mit Dachfirsten nicht zur Anwendung gelangen können, da Bauten ohne Schrägdächer geplant sind.

Als Vorteil anerkannt wird im angefochtenen Regierungsratsbeschluss u.a. der Ausweis von Erholungs- und Spielflächen im Umfang von 22% der Bruttogeschossflächen (vgl. Art. 12 Abs. 2 der Sonderbauvorschriften). Ein wesentlicher Vorzug des Gestaltungsplanes kann in der Schaffung besonders grosszügiger und zweckmässiger Frei- und Spielflächen bestehen (§ 24 Abs. 3 PBG). Dies ist gemäss Art. 81 Abs. 2 lit. b BauR der Fall, wenn die Erholungsfläche mindestens 20% der Bruttogeschossfläche der Familienwohnungen ausmacht. Gemäss Art. 14 BauR sind Erholungsflächen grundsätzlich als zusammenhängende Spiel- und Grünflächen mit Sitzgelegenheit und entsprechender Bepflanzung auszugestalten. In casu weist der Gestaltungsplan in einem Spickel östlich des Baubereiches A1 und südlich der Baubereiche A1, A2 und B1 je einen Spielplatz auf sowie einen "Zentrumsplatz" zwischen den Baubereichen B1, B2, A3, A4 und C1. Diese drei Bereiche bilden zwar nicht eine Einheit, sind aber immerhin zusammenhängend. Ein weiterer Spielbereich liegt zwischen den Baubereichen D und E. Die mit den weiteren Erholungsflächen nicht zusammenhängende Spielfläche zwischen Baubereichen D und E liegt auf KTN T. _____ und wird aufgrund ihrer Lage und der Eigentumsverhältnisse faktisch wohl nur den Bewohnern der Baubereiche D und E zur Verfügung stehen. Auf jeden Fall kann diesbezüglich

nicht von zusammenhängender Grün- und Erholungsfläche gesprochen werden, was den Vorteil relativiert. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die verdichtete Bebauung, welche ein Gestaltungsplan ermöglicht, im Zusammenhang mit der dadurch ermöglichten Gewährung von besonders grosszügigen und zweckmässigen Freiflächen zwischen den Baukörpern und damit einer haushälterischen Nutzung des Bodens einher geht. Wird - wie vorliegend - praktisch im gesamten Gestaltungsplangebiet von sämtlichen möglichen Ausnahmen Gebrauch gemacht und damit eine gegenüber der Regelbauweise erhebliche Intensivierung der baulichen Nutzung in Anspruch genommen, ist ein Vorteil im Sinne von § 24 Abs. 3 PBG (und Art. 81 Abs.2 lit. b BauR) nicht in jedem Fall bereits anzuerkennen, wenn gerade noch das baureglementarisch vorgesehene Minimum von 20% eingehalten wird (vgl. dazu VGE III 2017 100 v. 20.12.2017 betr. Gemeinde Schwyz und III 2013 198 v. 24.4.2014 betr. Gemeinde Galgenen, wo Erholungsflächen und Kinderspielplätze im Umfang von 40% der oberirdischen Bruttogeschossflächen als Vorteile ausgewiesen werden). Bei einer weniger exzessiven Ausschöpfung von Ausnahmen von der Regelbauweise könnten die ausgewiesenen Erholungsflächen als klarer Vorteil anerkannt werden. Die umfassende Inanspruchnahme von Ausnahmen und die starke Verdichtung im Vergleich mit der Regelbauweise lassen die ausgewiesenen Erholungsflächen im konkreten Fall allerdings nicht als besonders grosszügig erscheinen. Insgesamt ist dieser anerkannte Vorteil daher zu relativieren.

Im Regierungsratsbeschluss wird im Weiteren die im Gestaltungsplan ausgewiesene "Pufferzone" gegenüber der westlich angrenzenden Landwirtschaftszone als Vorteil anerkannt. Diesbezüglich ist anzumerken, dass ein massgeblicher Teil dieser "Pufferzone" im Gewässerraum liegt und damit ohnehin offen gelassen werden muss (vgl. Zonenplan Wollerau Gewässerräume II). Zudem müssen nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung Wohnbauten, die an die Landwirtschaftszone grenzen, so weit von der Grenze zurückversetzt werden, dass ihre Erstellung auf die Landwirtschaftszone keine nennenswerten Auswirkungen mehr hat (Urteil BGer 1C_668/2017 v. 31.10.2018 Erw. 6.3 [i.Sa. S. vs. Gemeinderat Wollerau; zur Publikation in den BGE vorgesehen]). Der Vorteil dieser "Pufferzone" ist daher ebenfalls zu relativieren.

5.4 Auch über die Frage der (un)genügenden Erschliessung des Gestaltungsplangebietes muss vorliegend nicht entschieden werden. Es kann jedoch darauf hingewiesen werden, dass das Verwaltungsgericht mit VGE III 2011 118 v. 21.12.2011 die Bejahung der Erschliessbarkeit des Gestaltungsplangebietes auf KTN S. _____ (Gestaltungsplan "AD. _____") als vertretbar erachtet hat (Erw. 5.3). Die Frage der Erschliessbarkeit wäre heute allenfalls dann anders zu

beantworten, wenn sich die Verhältnisse seit dem zitierten Entscheid relevant verändert hätten. Den Akten können entsprechende Hinweise dafür nicht entnommen werden. Allerdings hat das Verwaltungsgericht im zitierten Entscheid auch darauf hingewiesen, dass selbst dann, wenn ein rechtskräftiger Gestaltungsplan mit temporärer Erschliessungsvariante (über die AC. _____) vorliege, daraus keine Präjudizwirkung für das Baubewilligungsverfahren abgeleitet werden könne. Darauf hat auch der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss zu Recht hingewiesen.

6.1 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die Kosten des vorliegenden Verfahrens von Fr. 4'000.-- je zur Hälfte zu Lasten der Vorinstanz (Kanton) und zu Lasten der Gemeinde. Der Beschwerdegegnerin sind keine Kosten aufzuerlegen, da sie den Verfahrensmangel, welcher zur Aufhebung der Bewilligung führt, nicht verursacht hat.

6.2 Die Kosten des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- gehen neu zu Lasten des Gemeinde Wollerau.

6.3 Zudem wird den beanwalteten Beschwerdeführern Ziff. 1-14 und Ziff. 15-18 für das vorliegende Verfahren eine Parteientschädigung zugesprochen. Diese wird in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte vom 27. Januar 1975 (GebTRA; SRSZ 280.411), der für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 GebTRA enthaltenen Kriterien sowie in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf je Fr. 2'500.-- (inkl. MwSt und Barauslagen) festgelegt wird. Hiervon entfallen je die Hälfte auf den Kanton und die Gemeinde Wollerau.

6.4 Für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren wird den beanwalteten Beschwerdeführern Ziff. 1-14 und Ziff. 15-18 zu Lasten der Gemeinde eine Parteientschädigung von je Fr. 2'000.-- (inkl. MwSt und Barauslagen) zugesprochen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

- 1.1 In Gutheissung der Beschwerden werden die Bewilligung des Gestaltungsplanes des Gemeinderates Wollerau vom 26. Juni 2017 und die Genehmigung durch den Regierungsrat vom 27. März 2018 aufgehoben. Die Sache wird zum neuen Entscheid an den Gemeinderat Wollerau zurückgewiesen.
- 1.2 Die Kosten des regierungsrätlichen Verfahrens von Fr. 2'000.-- werden neu der Gemeinde Wollerau auferlegt.
- 1.3 Für das regierungsrätliche Verfahren wird den Beschwerdeführern Ziff. 1-14 und den Beschwerdeführern Ziff. 15-18 eine Parteientschädigung von je Fr. 2'000.-- zugesprochen, welche von der Gemeinde zu leisten ist.

2. Die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens von Fr. 4'000.-- (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden je zur Hälfte (je Fr. 2'000.--) dem Kanton und der Gemeinde auferlegt.

Die Gemeinde hat ihr Kostentreffnis von Fr. 2'000.-- innerhalb von 30 Tagen seit Zustellung auf das Postkonto 60-22238-6 des Verwaltungsgerichts einzuzahlen.

Auf die kantonsinterne Verrechnung wird verzichtet.

Die Beschwerdeführer Ziff. 1-14 haben am 22. Mai 2018 und die Beschwerdeführer Ziff. 15-18 haben am 25. April 2018 einen Kostenvorschuss von je Fr. 2'500.-- bezahlt, welcher ihnen aus der Gerichtskasse zurück zu erstatten ist.

3. Für das vorliegende Verfahren wird den Beschwerdeführern Ziff. 1-14 und den Beschwerdeführern Ziff. 15-18 eine Parteientschädigung von je Fr. 2'500.-- zugesprochen, welche je zur Hälfte vom Kanton und von der Gemeinde zu zahlen ist.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

5. Zustellung an:

- den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer Ziff. 1-14 (2/R)
- den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer Ziff. 15-18 (2/R)
- den Rechtsvertreter der Gemeinde Wollerau (2/R)
- den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin (2/R)
- den Regierungsrat
- das Sicherheitsdepartement
- das Amt für Raumentwicklung
- und das Bundesamt für Raumentwicklung ARE, 3003 Bern (A).

Schwyz, 21. Januar 2019

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 31. Januar 2019