

## **BGE 146 II 80**

Bundesgericht (BGE), 2020-01-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_146 II 80](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_146_II_80)

FR: ATF 146 II 80

IT: DTF 146 II 80

### **Regeste**

Regeste Art. 75b BV; Art. 26 ZWG; Baugesuch für Zweitwohnungen gestützt auf einen projektbezogenen Sondernutzungsplan, der vor Aufnahme des Zweitwohnungsartikels in die Bundesverfassung genehmigt wurde. Aus dem Sondernutzungsplan muss mit hinreichender Klarheit hervorgehen, dass mindestens zu einem wesentlichen Teil die Erstellung von Zweitwohnungen bezweckt wird. Die blosser Absicht, Zweitwohnungen zu erstellen, genügt nicht. Voraussetzung in Bezug auf einen Quartierplan verneint, der keine verbindlichen Angaben zur künftigen Nutzung enthielt. Berücksichtigung des beim Planerlass geltenden kommunalen Zweitwohnungsgesetzes, der Lage im bestehenden Siedlungsgebiet und des ausgewiesenen Bedarfs nach Erstwohnungen in der betroffenen Gemeinde (E. 4).

### **Erwägungen**

#### **E. 4.1**

Art. 75b Abs. 1 BV sieht vor, dass der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 % beschränkt ist. Die Bestimmung wurde in der Volksabstimmung vom 11. März 2012 angenommen und trat gleichentags in Kraft. Das Zweitwohnungsgesetz konkretisiert den Bundesverfassungsartikel über die Zweitwohnungen. Es trat am 1. Januar 2016 in Kraft und löste die bis dahin geltende Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012 (aZWV; AS 2012 4583) ab. In der Gemeinde Laax übersteigt der Zweitwohnungsanteil die Grenze von 20 % deutlich, weshalb im Grundsatz keine Baubewilligungen mehr für Zweitwohnungen erteilt werden dürfen. Umstritten ist, ob aufgrund des am 17. August 2010 beschlossenen Quartiergestaltungsplans "Wohnüberbauung Lag-Pign" nach Art. 26 ZWG eine Ausnahme von diesem Grundsatz möglich ist. Abs. 1 dieser Bestimmung sieht Folgendes vor: 1 In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent dürfen Wohnungen, die Gegenstand eines projektbezogenen und mindestens zu einem wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichteten Sondernutzungsplans bilden, ohne Nutzungsbeschränkung nach Artikel 7 Absatz 1 bewilligt werden, wenn dieser Plan: a. vor dem 11. März 2012 rechtskräftig genehmigt wurde; und b. die wesentlichen Elemente der Baubewilligung betreffend Lage, Stellung, Grösse und Gestaltung der Bauten und Anlagen sowie deren Nutzungsart und Nutzungsmass regelt. BGE 146 II 80 S. 83 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Voraussetzungen dieser Bestimmung seien nicht erfüllt. Vorab macht sie zudem geltend, sie stehe in Widerspruch zu Art. 75b BV .

#### **E. 4.2**

Art. 26 ZWG ist mit Art. 8 aZWV identisch - abgesehen von der erst ins Gesetz aufgenommenen Voraussetzung, dass der Sondernutzungsplan mindestens zu einem

wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichtet sein muss (Urteil 1C\_67/2018 vom 4. März 2019 E. 3.1). Das Bundesgericht hat sich mit der Verfassungsmässigkeit von Art. 8 aZWV im ebenfalls die Beschwerdeführerin betreffenden Urteil 1C\_580/2014 vom 25. November 2015 unter Berücksichtigung des damals noch nicht in Kraft stehenden Art. 26 ZWG bereits eingehend befasst (a.a.O., E. 2 mit Hinweis u.a. auf Urteil 1C\_439/2014 vom 11. März 2015 E 3.2). Es hielt fest, dass die auf sehr spezifische Situationen beschränkte Regelung die Zielsetzung von Art. 75b BV mit dem Vertrauensprinzip ( Art. 9 BV ) und der Rechtssicherheit in Einklang bringe. Die betreffenden Ausführungen beanspruchen nach wie vor Gültigkeit. Was die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht vorbringt, gibt keinen Anlass, darauf zurückzukommen.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin behauptet weiter, der Quartiergestaltungsplan könne keine Grundlage für eine Baubewilligung sein, weil er nicht vom Regierungsrat genehmigt worden sei. Die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erwähnten Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht seien nicht gegeben. Auch macht sie geltend, dem Quartiergestaltungsplan fehle die Eigenschaft der Nutzungsplanung. Grundsätzlich müssen auch Gestaltungspläne gemäss Art. 26 RPG (SR 700) durch eine kantonale Behörde genehmigt werden. Die Rechtsprechung lässt indessen eine Abweichung von diesem Grundsatz zu, wenn der Gestaltungsplan lediglich Art und Mass der im Zonen- oder Bebauungsplan festgelegten Nutzung verfeinert bzw. Abweichungen davon bereits im kommunalen Baureglement vorgesehen sind, welches selbst Teil der Grundordnung bildet und von einer kantonalen Behörde genehmigt worden ist (Urteile 1C\_78/2015 vom 29. Mai 2015 E. 4.2 und 4.3.3; 1C\_580/2014 vom 25. November 2015 E. 3.2; je mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin geht auf diese Rechtsprechung inhaltlich nicht ein. Weshalb sie davon ausgeht, die dargelegten Voraussetzungen BGE 146 II 80 S. 84 für eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht seien nicht erfüllt, legt sie nicht dar. Auf ihre Rüge ist mangels Begründung nicht einzutreten ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Unklar bleibt auch, was die Beschwerdeführerin konkret meint, wenn sie vorbringt, dem Quartiergestaltungsplan fehle die Eigenschaft der Nutzungsplanung. Eine Verletzung von Art. 26 ZWG ist insofern jedenfalls nicht nachvollziehbar dargetan.

#### **E. 4.4**

Mit der in Art. 26 Abs. 1 lit. b ZWG verankerten Voraussetzung, dass der Sondernutzungsplan die wesentlichen Elemente der Baubewilligung betreffend Lage, Stellung, Grösse und Gestaltung der Bauten und Anlagen sowie deren Nutzungsart und Nutzungsmass regeln muss, hat sich das Verwaltungsgericht eingehend auseinandergesetzt. Angesichts der sehr detaillierten Vorgaben im Quartiergestaltungsplan "Wohnüberbauung Lag-Pign" kam es zum Schluss, diese habe den Charakter eines baurechtlichen Vorentscheids und erfülle deshalb die Voraussetzung von Art. 26 Abs. 1 lit. b ZWG (vgl. dazu Urteil 1C\_67/2018 vom 4. März 2019 E. 3.2 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin setzt sich mit der Begründung des Verwaltungsgerichts in diesem Punkt nicht substantiiert auseinander, weshalb es sich erübrigt, darauf weiter einzugehen ( Art. 42 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 4.5**

Zu prüfen ist hingegen, ob der Quartierplan im Sinne von Art. 26 Abs. 1 ZWG mindestens zu einem wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichtet ist. Die

Beschwerdeführerin bestreitet dies. Im Quartiergestaltungsplan "Wohnüberbauung Lag-Pign" sei nichts über die Nutzung als Erst- oder Zweitwohnungen bestimmt worden. Im Erläuterungsbericht werde ausdrücklich ausgeschlossen, dass es sich um eine Grossbaustelle handle, da die Überbauung infolge Kontingentsbestimmungen für Zweitwohnungen voraussichtlich 12-15 Jahre dauern würde. Mit anderen Worten sei die Frage der Nutzung der Wohnungen ausgeschlossen worden. Das bedeute, dass die Bauherrschaft damit habe rechnen müssen, dass die Nutzung als Zweitwohnungen allenfalls im Zeitpunkt der Baubewilligung beschränkt werden könnte. Wie aus dem Schreiben des Bauamts Laax vom 6. Dezember 2010 hervorgehe, sei über die Verteilung der Kontingente erst anlässlich der Baubewilligung entschieden worden, wobei die Kontingentszuteilung auf ein Jahr befristet gewesen sei. Damit sei erwiesen, dass der Quartiergestaltungsplan nicht zu einem wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichtet gewesen sei. BGE 146 II 80 S. 85

#### **E. 4.6**

Wie bereits erwähnt, enthielt die Art. 26 ZWG entsprechende, bis am 1. Januar 2016 in Kraft stehende Bestimmung von Art. 8 aZWV noch keine explizite Anforderung, wonach der Sondernutzungsplan mindestens zu einem wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichtet zu sein hatte. Allerdings galt nach der Praxis bereits damals, dass das Projekt die Erstellung von Zweitwohnungen bezwecken musste. In zwei Urteilen hielt das Bundesgericht die in Frage stehenden Quartierpläne unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 aZWV unter anderem deshalb für ungenügend, weil die betreffenden Quartierplanvorschriften die Nutzung als Zweitwohnungen nicht bzw. nicht hinreichend klar vorsahen (Urteile 1C\_860/2013 vom 18. September 2014 E. 6.2; 1C\_42/2014 vom 16. September 2014 E. 2.3). In zwei weiteren Urteilen hielt es fest, eine solche Zweckbestimmung könne sich implizit aus der Gesamtheit der rechtlichen und tatsächlichen Umstände ergeben, da sich vor der Annahme von Art. 75b BV nicht notwendigerweise eine explizite Angabe im Sondernutzungsplan aufgedrängt habe (Urteil 1C\_508/2014 vom 30. Juli 2015 E. 3.3, wo insbesondere die touristische Ausrichtung der geplanten Anlage und insoweit auch deren Lage berücksichtigt wurden; s. auch Urteil 1C\_580/2014 vom 24. November 2015 E. 5.1). In einem weiteren Fall war Art. 8 aZWV in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar, weshalb das Bundesgericht den in Frage stehenden Quartierplan direkt gestützt auf den Vertrauensgrundsatz ( Art. 9 BV ) beurteilte. Weil der Plan jegliche Nutzung zu Wohnzwecken erlaubte und keine nähere Aufschlüsselung im Sinne einer Zweitwohnungsnutzung vorsah, konnte er nicht als baurechtsähnlicher (Vor-)Entscheid über die Erstellung neuer, unbewirtschafteter Zweitwohnungen eingestuft werden; die Bestrebungen zur Gewinnerzielung genügten nicht, um eine vertrauensbegründende Erwartung hervorzurufen (Urteil 1C\_40/2015 vom 18. September 2015 E. 5.3 mit Hinweisen). Art. 26 ZWG ist gegenüber Art. 8 aZWV einerseits insofern strenger, als der Sondernutzungsplan danach "mindestens zu einem wesentlichen Teil" auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichtet sein muss. Andererseits geht die Literatur zu Recht davon aus, dass diese Zweckbestimmung auch unter der Geltung des Zweitwohnungsgesetzes nicht explizit vermerkt sein muss (BERNHARD WALDMANN, Zweitwohnungsbau: Zulässigkeit von neuen Zweitwohnungen, die auf einem früheren projektbezogenen Sondernutzungsplan beruhen, BR 2016 S. 93; HAUSER/JÄGER, in: Zweitwohnungsgesetz BGE 146 II 80 S. 86 [ZWG] - unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung [ZWV], 2017, N. 12 zu Art. 26 ZWG ). Daran ändert auch die in der Rechtsprechung gelegentlich verwendete Formulierung, die Verordnung verlange im

Gegensatz zum Gesetz keine "förmliche" Angabe, nichts (vgl. Urteile 1C\_508/2014 vom 30. Juli 2015 E. 3.3; 1C\_580/2014 vom 24. November 2015 E. 5.1). Somit trifft die erwähnte, mit Blick auf Art. 8 aZWV formulierte und sich auf Vertrauensschutzgesichtspunkte stützende bundesgerichtliche Erwägung, wonach sich vor der Annahme von Art. 75b BV nicht notwendigerweise eine explizite Angabe im Sondernutzungsplan aufgedrängt habe, weiterhin zu. Allerdings muss aus dem Plan immerhin mit hinreichender Klarheit hervorgehen, dass mindestens zu einem wesentlichen Teil die Erstellung von Zweitwohnungen bezweckt wird. Zur zeitlichen Anwendbarkeit von Art. 26 ZWG gilt es weiter zu berücksichtigen, dass der Bundesrat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zwei verschiedene Varianten in die Vernehmlassung gegeben hatte. Auf die strengere, welche Ausnahmegestaltungen gestützt auf projektbezogene Sondernutzungspläne nur befristet zugelassen hätte, wurde nach der Vernehmlassung verzichtet, weil sie als kaum praktikabel erschien (Botschaft vom 19. Februar 2014 zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, BBl 2287 2293 Ziff. 1.3). In den Räten wurde der Vorschlag des Bundesrats diskussionslos übernommen (AB 2014 S 970; AB 2015 N 74).

#### **E. 4.7**

Im vorliegenden Fall soll nach den Erwägungen im angefochtenen Entscheid im Wesentlichen ausschlaggebend sein, dass der Quartierplan eine Etappierung vorsieht, die aus Sicht der Beschwerdegegnerin und der Gemeinde eine Folge der damals geltenden Kontingentierung des Zweitwohnungsbaus gewesen sei. Das Verwaltungsgericht stützt sich dabei auf einen Satz im Erläuterungsbericht zum Quartiergestaltungsplan, der folgenden Wortlaut hat: "Da die Erstellung der geplanten Überbauung aufgrund der Kontingentsbestimmungen für Zweitwohnungen voraussichtlich 12 bis 15 Jahre dauert, kann die Bautätigkeit keineswegs mit einer Grossbaustelle verglichen werden." Abgesehen von diesem im Zusammenhang mit der Frage der Baustellenerschliessung erfolgten, beiläufigen Hinweis auf die kommunale Kontingentierungsregelung enthält der Quartiergestaltungsplan allerdings keine Ausführungen zum Thema des Zweitwohnungsbaus. Eine verbindliche Festlegung in irgendeiner Form besteht nicht, insbesondere BGE 146 II 80 S. 87 auch nicht in den Quartierplanvorschriften. Es verhält sich insofern gleich wie in den bereits erwähnten Urteilen 1C\_860/2013 vom 18. September 2014 E. 6.2 und 1C\_42/2014 vom 16. September 2014 E. 2.3, wo ebenfalls keine Vorschriften über die Nutzung existierten bzw. die Nutzung als Zweitwohnung lediglich als ein Grundsatz mit Vorbehalt von Ausnahmen verankert war. Dass die Beschwerdegegnerin die Absicht hatte, zu einem wesentlichen Teil oder sogar ausschliesslich Zweitwohnungen zu erstellen, mag zutreffen, ist jedoch nicht ausschlaggebend (vgl. in diesem Zusammenhang das ebenfalls bereits erwähnte Urteil 1C\_40/2015 vom 18. September 2015 E. 5.3, wonach das Motiv, Gewinn zu erzielen, nicht genügt, um eine vertrauensbegründende Erwartung hervorzurufen). Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Kontingentierungsregelung des kommunalen Zweitwohnungsgesetzes, die die Gemeinde gemäss dem angefochtenen Entscheid offenbar bis ins Jahr 2012 anwendete, Höchstgrenzen und Verfahrensvorschriften, jedoch keinen Rechtsanspruch auf die Zuteilung von Kontingenten enthält. Nichts anderes gilt für den in den Akten befindlichen Beschluss des Gemeindevorstands vom 15. April 2009 zur Präzisierung der Planungszone vom 16. Oktober 2008 betreffend Förderung von Erstwohnungen und Lenkung des Zweitwohnungsbaus. Dieser Beschluss hat gemäss den Ausführungen des Verwaltungsgerichts nur bis zum Inkrafttreten des Gesetzes gegolten. Art. 10 Abs. 3 und 4 des Gesetzes sehen zudem vor, dass die Jahreskontingente periodisch und spätestens alle

fünf Jahre überprüft werden, dass über allfällige Anpassungen die Gemeindeversammlung zu entscheiden hat und dass die Jahreskontingente nur für eine Periode von fünf Jahren seit Beschluss des Gesetzes freigegeben werden können. Insofern kann nicht von einem schutzwürdigen Vertrauen in die Zuteilung von Zweitwohnungskontingenten gesprochen werden. Schliesslich ist nicht erkennbar, dass sich aufgrund der geografischen Lage die Bestimmung zur Nutzung als Zweitwohnungen aufdrängen würde. Die Wohnüberbauung ist nicht peripher gelegen, sondern fügt sich in das bestehende Siedlungsgebiet einer Gemeinde ein, die zudem gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen zu wenig Wohn-, Misch- und Zentrumszonen und somit einen Bedarf nach Erstwohnungen aufweist (vgl. nicht publ. E. 3.4 sowie Urteil 1C\_508/2014 vom 30. Juli 2015 E. 3.3). BGE 146 II 80 S. 88 Dass der Quartiergestaltungsplan "Wohnüberbauung Lag-Pign" einen beiläufigen Hinweis auf die kommunale Kontingentierungsregelung enthält und eine Etappierung vorsieht, reicht vor dem Hintergrund der genannten tatsächlichen und rechtlichen Umstände nicht aus, um ihn als einen mindestens zu einem wesentlichen Teil auf die Erstellung von Zweitwohnungen ausgerichteten Sondernutzungsplan im Sinne von Art. 26 ZWG zu qualifizieren. Die Kritik der Beschwerdeführerin ist in diesem Punkt berechtigt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.