

## **GR\_GERICHTE A 2010 9 vom 12. Juli 2010**

GR Gerichte, 2010-07-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_A\\_2010\\_9](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_A_2010_9)

FR: GR\_GERICHTE A 2010 9 du 12 juillet 2010

IT: GR\_GERICHTE A 2010 9 del 12 luglio 2010

### **Regeste**

Erstwohnungspflichtersatzabgabe | Ersatzabgabe

### **Volltext**

A 10 8 und A 10 9 4. Kammer URTEIL vom 12. Juli 2010 in der verwaltungsrechtlichen Streitsache betreffend Erstwohnungspflichtersatzabgabe 1. Mit Baubescheid vom 31.5.2005 wurde das Baugesuch der ... SA betreffend Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern und den Umbau des bestehenden Hauses ... bewilligt unter der Auflage, dass im Haus A ... mindestens eine Wohnung mit einer BGF von mindestens 80 m<sup>2</sup> als Erstwohnung zu bestimmen sei. Weiter wurde festgehalten, dass die darüber hinaus bestehenden Hauptwohnungsverpflichtungen durch Leistung einer Ersatzabgabe abzugelten seien. Die Ersatzabgabe wurde schliesslich auf Fr. 208'236.-- festgesetzt und auch bezahlt. Auf Angabe der Bauherrschaft wurde die STWE S 51'774 im Haus B als Hauptwohnung bezeichnet und im Grundbuch angemerkt. Mit Zuschrift vom 25.3.2008 beantragte die Bauherrschaft der Gemeinde, die Ersatzabgabe für die Verpflichtung der Nutzung als Hauptwohnung sei auf 10% des Neuwertes festzulegen. Die amtlichen Schätzungen für die fraglichen Wohnungen wurden am 18.12.2008 vorgenommen. Gestützt darauf und auf Art. 42 des früheren BG nahm die Gemeinde die definitiven Abrechnungen der Ersatzabgaben vor. Sie ging von einer Hauptwohnungsverpflichtung über die ganze Baufläche von 365.93 m<sup>2</sup> aus. Mit der Hauptwohnung S 51'774 im Haus B sei eine Hauptwohnung mit einer Fläche von 109.51 m<sup>2</sup> vorhanden und zu berücksichtigen. Der Rest an verpflichteter Fläche von 256.42 m<sup>2</sup> sei durch Ersatzabgaben abzugelten. Da das Baugesuch am 26.4.2005 eingegangen sei und die Regierung die Planungszone mit einem neuen Ansatz von 20% anstatt 10% bereits am 12.4.2005 genehmigt habe, gelange der neue Ansatz zur Anwendung. Sie verfügte diese auf den Wohnungen B1 (STWE S 51'773, 84.36 m<sup>2</sup>) und B3 (STWE S 51'775, 199.95 m<sup>2</sup>), teilte die Restfläche bzw. die entsprechende Ersatzabgabe anteilmässig auf, befreite die STWE von der Verpflichtung der Nutzung als Hauptwohnung gegen Leistung einer Ersatzabgabe von Fr. 81'120.-- (STWE S 51'773 von ...) und von Fr. 195'100.-- (STWE S 51'775 von ...) und stellte den erwähnten Eigentümern unter Abzug der bereits durch die Baugesellschaft geleisteten Ersatzabgabe schliesslich Beträge von Fr. 19'965.-- bzw. 48'018.55 in Rechnung. 2. Dagegen erhoben beide Eigentümer am 13.1.2010 zwei praktisch gleich lautende Beschwerden (A 10 8 und 9) an das Verwaltungsgericht mit den Anträgen auf vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügungen. Grundsätzlich treffe der Sachverhalt zu. In der Zwischenzeit sei auch die STWE S 51774 auf Gesuch des Eigentümers aus der Erstwohnungsverpflichtung entlassen worden. In den vorliegenden Beschwerden gehe es lediglich um das bestehende Haus, welches aber lediglich umgebaut worden sei. Dafür sei die Gemeinde bereits früher ersucht worden, diesbezüglich von einer

Erstwohnungsverpflichtung abzusehen. Der Baufachchef habe dies, wenn die Nutzungsfläche gleich bleibe, auch durch eigenhändige Unterschrift zugesichert. Nun berechne die Gemeinde für das bestehende Haus eine Mehrfläche von 8.1 m<sup>2</sup> und beziehe dann das gesamte Gebäude in die Berechnung ein. Dies sei auch deshalb unzulässig, weil Art. 42 aBG eine solche Belastung nur bei wesentlichen Umbauten und Erneuerungen vorgeschrieben habe, was hier offensichtlich nicht zutrefte (heutige Formulierung klarer in Art. 26 Abs. 1 BG mit „bei Neubauten, wesentlichen Umbauten und Erweiterungen wie Einbau zusätzlicher Wohnungen ...“). Die in den Bauplänen noch vorgesehene Eindeckung der bestehenden Veranda sei nicht vorgenommen worden. Es sei auch nicht Mehrraum geschaffen worden. Die Mehrfläche hätte denn auch höchstens 3.3 % der Gesamtfläche des Gebäudes von 243.1 m<sup>2</sup> ausgemacht. 3. In ihren Vernehmlassungen beantragte die Gemeinde ... die Abweisung beider Beschwerden. Sie sei mit der Vereinigung beider Verfahren einverstanden. Der Sachverhalt werde nicht bestritten. Die Umbauarbeiten am EFH seien bedeutend und wesentlich gewesen. Die umbaute Fläche sei

zwar nicht vergrössert worden, aber durch andere Massnahmen sei die BGF um 8.1 m<sup>2</sup> vergrössert worden. Auch sei die Ansicht des Hauses durch die Veränderung von Festern stark geändert worden mit nachfolgenden Verschiebungen diverser Mauern auch im Inneren des Gebäudes. Es gehe somit nicht nur um eine Umnutzung eines Bastelraumes in einen Fitnessraum, wofür der Chef des Bauamtes den Verzicht auf eine Belastung wegen der Erstwohnungsverpflichtung zugesichert habe. Somit könne auch keine rechtsrelevante Zusicherung gemäss Treu und Glauben vorliegen. Massgebend sei Art. 46 Abs. 4 aBG, wonach Raumteile, die mehr als 1.6 m (UK Decke) über das gewachsene oder abgegrabene Terrain herausragten, ohne Rücksicht auf die Nutzung anzurechnen seien. Dabei sei die effektive Raumtiefe bis höchstens 4 m zu berücksichtigen. Die Veranda sei tatsächlich nicht gebaut worden. Die zusätzliche und berücksichtigte BGF gehe aber auf den tatsächlich stark erweiterten Fitnessraum zurück. Zudem sei an der Ecke des Hauses Terrain abgegraben worden, sodass auf Grund beider Veränderungen eine zusätzliche BGF von 8.1 m<sup>2</sup> entstanden sei. Die Erstwohnungsverpflichtung sei somit für die ganze Wohnung gegeben. In einem zweiten Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest, ohne wesentliche neue Gesichtspunkte aufzuzeigen. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Zu prüfen ist zunächst, ob die Gemeinde befugt ist, von den Beschwerdeführern gestützt auf die Planungszone die für das neue Recht vorgesehene Ersatzabgabe von 20 % anstelle jener von nur 10 % gemäss dem für das Bauvorhaben unbestritten zur Anwendung kommenden alten Baugesetz zu veranlassen. Wie im Folgenden zu zeigen ist, kommt die Abgabenerhebung der Gemeinde einer unzulässigen positiven Vorwirkung gleich.

2. Bei der Rückwirkung geht es um die Anwendung von neuem Recht auf Fälle, die sich vor dessen Inkrafttreten ereignet haben. Im Gegensatz dazu bedeutet die Vorwirkung eines Erlasses, dass ein Erlass Rechtswirkungen zeitigt, obwohl er noch nicht in Kraft getreten ist. Diese Rechtswirkung kann darin bestehen, dass zukünftiges Recht bereits wie geltendes Recht angewendet wird (positive Vorwirkung), oder darin, dass die Anwendung des alten Rechts ausgesetzt wird, bis das neue Recht in Kraft tritt (negative Vorwirkung). Ersteres widerspricht dem Gesetzmässigkeitsprinzip, letzteres kann unter Umständen das Verbot der Rechtsverzögerung verletzen (Häfelin/MüllerUhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 346). Positive Vorwirkung liegt vor, wenn ein noch nicht in Kraft gesetzter

Erläss unter Vorbehalt seines späteren Inkrafttretens angewendet wird. Eine derartige positive Vorwirkung ist grundsätzlich unzulässig, und zwar auch dann, wenn dafür eine besondere gesetzliche Grundlage besteht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 348). Gegen die Zulässigkeit der positiven Vorwirkung spricht neben dem Legalitätsprinzip vor allem die Tatsache, dass in der Regel nicht vorhergesehen werden kann, ob und wann eine neue Regelung in Kraft tritt (Grundsatz der Rechtssicherheit; vgl. BGE 125 II 278, 282). Eine negative Vorwirkung eines Erlasses liegt vor, wenn - insbesondere bei der Behandlung von Gesuchen - das geltende Recht bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts nicht mehr angewendet wird. Klassischer Anwendungsfall einer solchen negativen Vorwirkung ist die sog. Bausperre bzw. Planungszone, mit der verhindert wird, dass nach einem bestimmten Zeitpunkt - z.B. der öffentlichen Auflage des neuen Nutzungsplanes - Bauvorhaben bewilligt werden, die dem künftigen Recht widersprechen (BGE 118 Ia 510, 512 ff.; 93 I 338, 341). Bei der negativen Vorwirkung wird - im Gegensatz zur positiven Vorwirkung und zur Rückwirkung - kein Recht auf Sachverhalte angewendet, die sich vor Inkrafttreten des neuen Rechts ereigneten, sondern lediglich die Anwendung des alten Rechts ausgesetzt (ZBl 84 S. 542, 547). Die Nichtanwendung ist die Folge einer Vorschrift des geltenden Rechts und wird im Hinblick auf das künftige Recht statuiert. Eine eigentliche Vorwirkung künftigen Rechts liegt nicht vor (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 351 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen:

PVG 2004 Nr. 19, vom Bundesgericht bestätigt mit Entscheid 1P.175/2005 vom 8.8.2005).

3. Entgegen der Ansicht der Gemeinde bewirkt nun die Anwendung des im neuen Recht geltenden höheren Ersatzabgabebesatzes nicht bloss eine negative Vorwirkung, wie sie im Rahmen einer Planungszone zulässig wäre. Der die Ersatzabgabe auslösende Sachverhalt, die Ablösung der Erstwohnungsverpflichtung, hat sich nämlich bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes definitiv und abschliessend verwirklicht. Der Ersatzabgabetatbestand ist bereits vollständig in sich abgeschlossen. Das neue BG der Gemeinde ... ist mit der Genehmigung durch die Regierung am 23.5.2006 in Kraft getreten. Übereinstimmend und zu Recht gehen die Parteien davon aus, dass für das vorliegende, am 31.5.2005 bewilligte Bauvorhaben noch das bisherige Recht massgebend war, das einen Abgabebesatz von 10 % vorsah. Wird der Vorgang rückblickend vom Zeitpunkt aus, zu welchem das neue Recht in Kraft ist, betrachtet, wäre eine echte Rückwirkung des neuen Rechtes festzustellen, weil es Rechtsfolgen für einen bei dessen Inkrafttreten abgeschlossenen Sachverhalt - eben der Ablösung der Erstwohnungsverpflichtung - vorsähe. Dies ist insbesondere im Abgaberecht klar unzulässig und würde gegen den Grundsatz verstossen, dass Rechtsnormen grundsätzlich nur für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte wirken. Die Beschwerden sind daher gutzuheissen und die angefochtenen Verfügungen aufzuheben. Damit kann die Frage der Auslegung von Umbau und Erweiterung des bestehenden EFH offen bleiben, zumal es dabei noch um altes Recht geht. Die neue Bestimmung ist nicht mehr gleichlautend. Mit der Aufhebung ist das Rechtsbegehren beider Beschwerdeführer vollumfänglich erfüllt. Ob und wie die Gemeinde anschliessend weiter verfährt, ist allein ihre Sache.

4. Bei diesem Ausgang gehen die Verfahrenskosten zulasten der Gemeinde. Gemäss Art. 78 Abs. 1 VRG wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen. Die Gemeinde hat daher die Beschwerdeführer aussergerichtlich zu entschädigen. Da der Rechtsvertreter keine Honorarnote eingereicht hat, wird die Parteientschädigung für beide Verfahren auf

gesamthaft Fr. 4'000.-- festgesetzt. Demnach erkennt das Gericht: 1. Die Beschwerden werden gutgeheissen und die angefochtenen Verfügungen aufgehoben. 2. Die Gerichtskosten, bestehend - aus einer Staatsgebühr von Fr. 4'000.-- - und den Kanzleiauslagen von Fr. 176.-- zusammen Fr. 4'176.-- gehen zulasten der Gemeinde ... und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen. 3. Die Gemeinde ... bezahlt ... und ... eine Parteientschädigung von je Fr. 2'000.-- (inkl. MWST).

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