

GR_GERICHTE A 2014 28 vom 21. Oktober 2014

GR Gerichte, 2014-10-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_A_2014_28

FR: GR_GERICHTE A 2014 28 du 21 octobre 2014

IT: GR_GERICHTE A 2014 28 del 21 ottobre 2014

Regeste

Erstwohnungspflichtersatzabgabe (Ablehnung) | Ersatzabgabe

Erwägungen

E. 4

In ihrer Vernehmlassung vom 2. Juli 2014 beantragte die Gemeinde (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. In der Baubewilligung sei weder festgelegt worden, welche Wohnung als Erstwohnung zu gelten habe, noch sei eine Ersatzabgabe festgesetzt worden. Durch die Bestimmungen von Art. 66 ff. BG zur Förderung der Erstwohnungen und Einschränkung des Zweitwohnungsbaus solle sichergestellt werden, dass in der Dorfzone nur mehr Einfamilienhäuser für Personen mit dauerndem Wohnsitz in der Gemeinde erstellt werden und dass in jeder Baute mindestens eine Wohnung ganzjährig bewohnt werde. In diesem Sinne sei in Art. 84 BG die Ablösung durch Ersatzabgabe auf höchstens eine Wohnung pro Bau beschränkt und in Art. 68 BG einschränkend festgelegt worden, dass eine Abgeltung bei Bauten mit nur einer Wohnung nicht zulässig sei. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführerin widerspreche dem Gesetzeszweck, der Systematik sowie dem Gleichbehandlungsgebot. Während der Ersteller eines Einfamilienhauses seinen Erstwohnungsanteil nicht abgelden könne,

- 4 - soll es demjenigen, der zwei Wohnungen erstellt und eine davon als Zweitwohnung verkaufe, nicht möglich sein, die die andere Wohnung beschlagende Erstwohnungsanteilsverpflichtung mittels Bezahlung einer Ersatzabgabe umgehen zu können. Hinzu komme, dass das Gesetz primär die Pflicht begründe, einen Teil Erstwohnungen zu erstellen. Erst wenn sichergestellt sei, dass pro Baute eine Erstwohnung verbleibe, könne für höchstens eine Wohnung die Erstwohnungsverpflichtung abgegolten werden. Des Weiteren sei es äusserst zweifelhaft, ob die Gemeinde nach der Annahme von Art. 75b BV über die Zweitwohnungen nunmehr auf die Durchsetzung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung verzichten dürfe. Jedenfalls habe sie in der Baubewilligung ausdrücklich auf die sich aus der Annahme der Zweitwohnungsinitiative möglicherweise ergebenden Nutzungsbeschränkungen hingewiesen.

E. 5

In ihrer Replik vom 25. August 2014 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und Begründungen fest und bemängelte weiterhin die Interpretation der Beschwerdegegnerin von Art. 68 BG. Zudem stütze sich die Abgeltungsmöglichkeit entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht auf Art. 75b BV, sondern auf eine kommunale Regelung. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stehe fest, dass Zweitwohnungen bis Ende 2012 hätten bewilligt werden dürfen.

E. 6

In ihrer Duplik vom 17. September 2014 hielt auch die Beschwerdegegnerin an ihren bisherigen Anträgen und Begründungen fest und präzisierte, dass für die Rechtmässigkeit ihres Entscheids der Zeitpunkt des Erlasses desselben, nämlich der 14. April 2014 massgebend sei. Zu diesem Zeitpunkt habe der geltende Art. 75b BV einer Erweiterung der Zweitwohnungsnutzung durch Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung entgegengestanden, da die Gemeinde einen Zweitwohnungsanteil von mehr als 20 % aufweise.

- 5 - Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften sowie im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. a) Nach Art. 49 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) können Entscheide von Gemeinden mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden, soweit sie nicht bei einer anderen Instanz angefochten werden können oder nach kantonalem oder eidgenössischem Recht endgültig sind. Der vorliegende Entscheid der Beschwerdegegnerin vom 14. April 2014, mit welchem der Beschwerdeführerin die Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung verwehrt wurde, ist weder bei einer anderen Instanz anfechtbar noch endgültig, weshalb er ein taugliches Anfechtungsobjekt darstellt. Da die Beschwerdeführerin als Adressatin des Entscheids zudem zu dessen Anfechtung legitimiert ist (Art. 50 VRG), ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten. b) Streitig und zu prüfen ist im Folgenden, ob die Beschwerdegegnerin das Gesuch der Beschwerdeführerin um Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung mittels Entrichtung einer Ersatzabgabe zu Recht abgelehnt hat. Dabei ist auf die Abgeltungsfähigkeit als solche sowie auf den Einfluss der Zweitwohnungsinitiative auf dieses im kommunalen Recht vorgesehene Steuerungsinstrument einzugehen. 2. a) Zur Frage der Abgeltungsfähigkeit der Erstwohnungsanteilsverpflichtung gemäss dem kommunalen Baugesetz (BG) ist zunächst festzuhalten, dass sich das fragliche Grundstück am Rande der Dorfzone befindet.

- 6 - Gemäss Art. 66 Abs. 1 BG soll in dieser Zone der Erstwohnungsbau gefördert und der Zweitwohnungsbau durch Festlegung von Erstwohnungsanteilen eingeschränkt werden. Dazu bestimmt Art. 68 Abs. 1 BG, dass wenn in der Dorfzone neue Wohnungen erstellt oder – wie im vorliegenden Fall – bestehende Wohnungen erweitert oder Räumlichkeiten neuer Wohnnutzung zugeführt werden, die Hälfte der neu geschaffenen Geschossfläche ausschliesslich als Erstwohnung zu nutzen ist, wobei bei Bauten mit nur einer Wohnung die ganze Wohnfläche als Erstwohnung zu nutzen ist. Für das vorliegend zu beurteilende Umbauprojekt mit einer neu geschaffenen Bruttogeschossfläche von 283.5 m² hat dies zur Konsequenz, dass aufgrund der erwähnten Erstwohnungspflicht mindestens die Hälfte dieser Fläche, nämlich 141.75 m², als Erstwohnung zu nutzen ist. Dementsprechend hat die Beschwerdeführerin in einem dem Baugesuch vom 3. Oktober 2011 beigelegten Schreiben die 5.5-Zimmerwohnung im Erdgeschoss mit einer Fläche von 142 m² als Erstwohnung ausgewiesen (Art. 81 Abs. 1 BG; vgl. beschwerdeführerische Beilage [Bf-act.] 3). b) Zwischen den Parteien besteht nun aber Uneinigkeit hinsichtlich der Frage, ob die Verpflichtung, diese Wohnung als Erstwohnung zu nutzen, realiter zu erfüllen ist oder ob diese in Geld abgegolten werden kann. Art. 84 BG statuiert nämlich, dass in der Dorfzone pro Baute höchstens eine mit dem Erstwohnungsanteil belegte Wohnung durch eine Ersatzabgabe abgegolten werden kann.

In verfahrensmässiger Hinsicht sieht Art. 88 BG vor, dass die Grundeigentümer zusammen mit dem Baugesuch die Wahlerklärung bezüglich Realerfüllung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung oder einer entsprechenden Ersatzabgabe abzugeben haben. Dies hat die Beschwerdeführerin denn auch getan und in ihrem Schreiben vom 3. Oktober 2011 darum ersucht, die auf die als Erstwohnung deklarierte 5.5-Zimmerwohnung fallende Erstwohnungsanteilsverpflichtung im Sinne von Art. 84 BG finanziell abzugelten.

- 7 - c) Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, dass sich aus dem Baugesetz entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin keine Einschränkung ergebe, wonach die Leistung der Ersatzabgabe nicht möglich sein solle, wenn im entsprechenden Objekt lediglich eine Wohnung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung unterliege. Zudem sei in der Baubewilligung keine konkrete Anordnung enthalten gewesen, dass eine der neu erstellten Wohnungen als Erstwohnung zu nutzen sei. Bis zum Erlass des angefochtenen Entscheids beinahe zwei Jahre später habe sie deshalb davon ausgehen dürfen, dass sie die Erstwohnungsanteilsverpflichtung abgelden könne. Dies umso mehr, als Art. 88 BG nicht die Einreichung eines Gesuchs, über welches die Gemeinde anschliessend zu befinden habe, sondern die Abgabe einer verbindlichen Wahlerklärung vorsehe. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, dass die Vorgabe von Art. 68 Abs. 1 BG, wonach bei Bauten mit nur einer Wohnung die ganze Wohnfläche als Erstwohnung zu nutzen ist, auch im Falle von Überbauungen mit nur einer Erstwohnung zur Anwendung gelange. Angesichts des Zwecks der Bestimmungen über die Förderung von Erstwohnungen in der Dorfzone sei nämlich klar, dass in jedem Gebäude mindestens eine Wohnung als Erstwohnung genutzt werden müsse. d) Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 68 und Art. 84 BG in der Tat keine Einschränkung, wonach eine Abgeltung mittels Ersatzabgabe nicht möglich ist, wenn in einem Gebäude lediglich eine Wohnung der Erstwohnungsverpflichtung unterliegt. Auch wenn die Ausführungen zu Sinn und Zweck der Bestimmungen zur Förderung der Erstwohnungen und Einschränkungen des Zweitwohnungsbaus durchaus nachvollziehbar erscheinen, so lässt sich die Interpretation der Beschwerdegegnerin weder dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen entnehmen noch sind die entsprechenden Absichten des Gesetzgebers dokumentiert resp. nachgewiesen. Folglich

- 8 - ist diese Argumentationslinie der Beschwerdegegnerin nicht geeignet, das umstrittene Abgeltungsgesuch abzuweisen. Damit hätte das kommunale Baugesetz – für sich alleine betrachtet – der finanziellen Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung durch die Beschwerdeführerin, welche korrekt vorgegangen ist und zusammen mit dem Baugesuch eine Erstwohnung bezeichnet sowie eine Wahlerklärung zugunsten der Ersatzabgabe abgegeben hat, nicht entgegengestanden. e) An dieser Stelle ist festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen kann, dass die Baubewilligung betreffend Erstwohnungsverpflicht und Ersatzabgabe keine konkreten Anordnungen enthalten habe und die im Baugesuch als Erstwohnung ausgewiesene Wohnung dadurch rechtskräftig als Zweitwohnung bewilligt worden sei. Zwar handelt es sich vom Wortlaut her tatsächlich um eine Wahlerklärung und nicht um ein Gesuch, doch von der Konzeption her obliegt es dennoch der Gemeinde, die Voraussetzungen zu prüfen und gegebenenfalls die Ersatzabgabe aufgrund der approximativen Baukosten zu veranlassen (Art. 88 Abs. 1 und 2 BG). Vor Bezahlung der provisorisch veranlagten Ersatzabgabe hätte die Beschwerdeführerin mit den Umbauarbeiten denn auch gar nicht beginnen dürfen (Art. 88 Abs. 2 BG). Auf der anderen Seite ist aber auch die Beschwerdegegnerin, welche die

Wahlerklärung im Rahmen der Bau- bewilligung mit keinem Wort erwähnt und erst zwei Jahre später einen entsprechenden Entscheid gefällt hat, nicht im Sinne des Gesetzes vor- gegangen. Da diese Verhaltensweisen im vorliegenden Verfahren jedoch nicht beanstandet werden und angesichts der nachfolgenden Ausführun- gen im Hinblick auf die Abgeltungsfähigkeit der Erstwohnungsanteilsver- pflichtung nicht relevant sind, ist darauf nicht näher einzugehen. 3. a) Nachdem festgestellt wurde, dass das kommunale Baugesetz einer Ab- geltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung mittels Ersatzabgabe im

- 9 - vorliegenden Fall nicht entgegenstehen würde, ist im Folgenden die Fra- ge zu klären, ob allenfalls der neu in die Bundesverfassung (BV; SR 101) aufgenommene Art. 75b betreffend Zweitwohnungen eine Entlassung aus der Erstwohnungsanteilsverpflichtung verunmöglicht. b) Am 11. März 2012 haben das Schweizer Stimmvolk und die Stände die Initiative „Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen“ angenom- men. Gemäss dem daraufhin eingeführten Art. 75b BV ist der Bau von Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % seither verboten. Das Bundesgericht hat mit Urteil 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013 E.10.1 nämlich entschieden, dass der „harte Kern“ des neuen Art. 75b, nämlich die Festsetzung einer absoluten Begrenzung von Zweitwohnungen auf 20 % des Gesamtwohnungsbestandes und der Wohnfläche jeder Gemeinde, nach Annahme der Initiative sofort anwend- bar war (vgl. hierzu Urteil des Verwaltungsgerichts R 13 152 vom 26. No- vember 2013 E.4a). Mit Annahme der sog. Zweitwohnungsinitiative wurde mit Art. 197 Ziff. 9 BV auch eine Übergangsbestimmung eingeführt, wo- nach Baubewilligungen für Zweitwohnungen, welche zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen er- teilt werden, nichtig sind. Um die dringendsten Fragen bis zum Inkrafttre- ten der Ausführungsgesetzgebung zu klären, hat der Bundesrat auf den 1. Januar 2013 die Verordnung über Zweitwohnungen (ZwVO; SR 702) in Kraft gesetzt. c) Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt, würde die Bewilligung der beantragten Abgeltung ein Verzicht auf die Durchsetzung der Erst- wohnungsanteilsverpflichtung bedeuten, was wiederum einer impliziten Bewilligung einer Zweitwohnungsnutzung gleichkommen würde. Es liegt auf der Hand, dass dies ein Verstoss gegen die neue Verfassungsbe- stimmung von Art. 75b BV bedeuten würde, zumal der Zweitwohnungsan-

- 10 - teil in der Gemeinde über 20 % liegt (vgl. Anhang zur ZwVO) und mit der Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung im vorliegenden Fall un- bestrittenermassen eine Zweitwohnungsnutzung beabsichtigt wird. Zu- dem liegen weder Ausnahmetatbestände im Sinne von Art. 3 Abs. 3 oder Art. 4 lit. b ZwVO vor noch gilt die fragliche Wohnung, die erst am 15. Mai 2012 bewilligt und anschliessend erstellt wurde, als am 11. März 2012 be- reits bestehend (Art. 3 Abs. 1 ZwVO). d) Soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, dass die zur Diskussi- on stehende Erstwohnungsverpflichtung nicht auf Art. 75b BV, sondern auf dem kommunalen Baugesetz basiere, ist ihre Argumentation unbehel- flich. Die sich in der Tat aus dem kommunalen Recht ergebende Ersatz- abgabe, welche früher als Steuerungsinstrument sehr wohl ihre Berechtigung hatte, wurden durch die Zweitwohnungsinitiative und die ZwVO nämlich überlagert und spielt mittlerweile insofern nur noch eine unterge- ordnete Rolle, als Zweitwohnungen nur noch in sehr begrenzten Aus- nahmefällen bewilligt werden dürfen (vgl. dazu die ZwVO sowie zur Über- lagerung des kommunalen Rechts MÖSCHING, Fisikalische Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, in: Jusletter vom 1. Dezember 2014 Rz. 59 sowie RÜTSCHKE, Bemerkungen der Redaktion zu den Urteilen des Bundesgerichts 2C_1076/2012 und

2C_1088/2012, in: ZBl 2014/9 S. 426 ff., S. 438). Soweit sich die Beschwerdeführerin demgegenüber auf den Standpunkt stellt, dass ihr die Zweitwohnungsnutzung der fraglichen Wohnung mangels Verfügung einer Erstwohnungsverpflichtung bereits am 15. Mai 2012 im Grundsatz bewilligt worden sei und dass bis Ende 2012 noch Bewilligungen für Zweitwohnungen hätten erteilt werden dürfen, ist ihr im Grundsatz zuzustimmen. Dazu ist zwar festzuhalten, dass der gemäss vorstehend zitierte Rechtsprechung unmittelbar anwendbare Art. 75b BV schon zu jenem Zeitpunkt – zwei Monate nach Annahme der Initiative – seine Wirkungen entfaltet hat. Der Argumentation

- 11 - der Beschwerdeführerin ist aber insoweit zuzustimmen, als Baubewilligungen, welche zwischen Annahme der Initiative am 11. März 2012 und dem 31. Dezember 2012 erteilt wurden, nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar waren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013 E.11.6). Dies würde bedeuten, dass eine Bewilligung der Zweitwohnungsnutzung am 15. Mai 2012 mangels erfolgter Anfechtung in Rechtskraft erwachsen wäre und die Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung gestützt auf das kommunale Baugesetz deshalb zu gewähren wäre (vgl. vorstehend E.2c). e) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wurde ihr im Rahmen der Baubewilligung vom 15. Mai 2012 jedoch gerade keine Zweitwohnungsnutzung bewilligt (vgl. dazu vorstehend E.2e). Die damalige Baubewilligung nimmt nämlich keinen Bezug auf das Abgeltungsgesuch und enthält unter Ziffer III/1.a) gar den Hinweis, dass die Bestimmungen der Bundesverfassung betreffend Zweitwohnungen – namentlich Art. 75b und Art. 197 BV – allenfalls zu Nutzungsbeschränkungen führen könnten. Der (ablehnende) Entscheid bezüglich der beantragten Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung erging erst am 15. April 2014 und damit zu einem Zeitpunkt, zu welchem Baubewilligungen und Entscheide, welche gegen den neuen Verfassungsartikel verstossen, nichtig waren (vgl. Art. 8 Abs. 2 ZwVO sowie Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV). Da gemäss bundesgerichtlicher Praxis die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten mangels einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung grundsätzlich nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013 E.11.1 mit weiteren Hinweisen), hatte sich die Beschwerdegegnerin beim Erlass des angefochtenen Entscheids am 15. April 2014 folglich nach der seit dem 1. Januar 2013 geltenden Rechtslage zu richten, wonach Baubewilligungen

- 12 - und Entscheide, welche gegen die neue Verfassungsbestimmung von Art. 75b verstossen, nichtig sind. f) Folglich hätte die Beschwerdegegnerin gegen die neue Verfassungsbestimmung von Art. 75b verstossen, wenn sie die beantragte Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung mit immanenter Erweiterung der Zweitwohnungsfläche im angefochtenen Entscheid zugelassen hätte. Damit hat sie der Beschwerdeführerin die finanzielle Abgeltung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung, welche gemäss dem kommunalen Baugesetz im vorliegenden Fall grundsätzlich zulässig gewesen wäre, zu Recht nicht gewährt. Der angefochtene Entscheid ist deshalb nicht zu beanstanden, was zur Abweisung der vorliegenden Beschwerde führt. 4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 3'000.-- gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG zulasten der Beschwerdeführerin. Eine Parteientschädigung wird der obsiegenden Beschwerdegegnerin nicht zugesprochen, da diese lediglich in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt hat (Art. 78 Abs. 2 VRG). Demnach erkennt das Gericht:

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