

# GR\_GERICHTE PVG 2009 28 vom 25. Dezember 2009

GR Gerichte, 2009-12-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_PVG\\_2009\\_28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PVG_2009_28)

FR: GR\_GERICHTE PVG 2009 28 du 25 décembre 2009

IT: GR\_GERICHTE PVG 2009 28 del 25 dicembre 2009

## Erwägungen

### E. 3

a) Die Beschwerdeführerin beruft sich vorweg auf Art. 89 Abs. 2 KRG, wonach Bauvorhaben nach dem Recht beurteilt werden, das zur Zeit des Entscheides gilt, und leitet daraus die Unzulässigkeit der Anwendbarkeit der erst im Entwurf vorliegenden Bestimmungen des kommunalen Gesetzes über die Förderung des Erstwohnungsbaus und zur Einschränkung des Zweitwohnungsbaus auf ihr Bauvorhaben ab. Ihr Einwand trifft nicht zu. b) Die gesetzliche Grundlage für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen, obwohl sie noch gar nicht in Kraft gesetzt sind, ergibt sich aus Art. 21 KRG, der Art. 89 KRG ergänzt. Wird der Erlass oder die Änderung der Grundordnung oder eines Quartierplans in die Wege geleitet, kann der Gemeindevorstand für die entsprechenden Gebiete eine Planungszone erlassen (Abs. 1). In dieser darf nichts unternommen werden, was die neue Planung erschweren oder dieser entgegenstehen könnte (Abs. 2; vgl. auch Art. 27 Abs. 1 Satz 2 RPG). Insbesondere dürfen Bauvorhaben nur bewilligt werden, wenn sie weder den rechtskräftigen noch den vorgesehenen neuen Planungen und Vorschriften widersprechen (Art. 21 Abs. 2 KRG; vgl. auch Ruch, RPG-Kommentar, Art. 27 N 46). Den vorgesehenen Bestimmungen kommt insofern eine (zulässige) negative Vorwirkung zu. c) Davon zu unterscheiden ist demgegenüber die von Lehre und Rechtsprechung als unzulässig postulierte, positive Vorwirkung, d. h. die Anwendung künftigen, noch nicht in Kraft gesetzten Rechts unter Nichtanwendung des geltenden Rechts (Grundsatz der Rechtssicherheit; vgl. BGE 125 II 278, 282; BGE 100 Ia 157 E. 5d S. 161 f.; Ruch, RPG-Kommentar, N 47 zu Art. 27). Eine solche unzulässige positive Vorwirkung hat das Verwaltungsgericht auch unter der Geltung einer Planungszone aus formalen und abgaberechtlichen Überlegungen im Zusammenhang mit einer – wie vorliegend – im künftigen Recht vorgesehenen und gestützt auf dieses bereits vorweg in Rechnung gestellten Lenkungsabgabe erblickt (VGU R 08 44, VGU R 04 51 sowie BGE 1P\_175/2005). Von der in jenen Urteilen vertretenen Auffassung abzuweichen, besteht vorliegend kein Anlass. Die dort gemachten Überlegungen treffen auch vorliegend zu. Dies umso mehr, als die in Art. 14 des Entwurfes vorgesehene Lenkungsabgabe nicht an eine dem Abgabepflichtigen individuell zurechenbare konkrete Leistung des Gemeinwesens anknüpft, und entsprechend denn auch nicht als Kausalabgabe sondern als Steuer zu qualifizieren ist. Die Gemeinden sind gestützt auf Art. 27 Abs. 4 KRG i.V. mit Art. 2 Abs. 3 des Geset-

13/28 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2009 157 zes über die Gemeinde- und Kirchensteuern (GKStG; BR 720.200) durchaus befugt, eine gesetzliche Grundlage für die Erhebung einer raumplanerisch motivierten Steuer zu schaffen und eine raumplanerisch motivierte Lenkungsabgabe einzuführen. Deren Regelung hat in einem generell-abstrakten Erlass zu erfolgen, wobei zwingend die Höhe der Abgabe, der Kreis der Abgabepflichti-

gen, der Gegenstand der Abgabe sowie deren Bemessung in den Grundzügen vorzusehen ist. Ob die in Art. 14 ff. vorgesehene Regelung diesen abgaberechtlichen Vorgaben genügt, kann offen gelassen werden. Die in Ziff. 4 aufgenommene Auflage (Verpflichtung zur Bezahlung oder Sicherstellung einer Ersatzabgabe in der Höhe von Fr. 355 257.00) erweist sich im Lichte der eingangs umschriebenen Rechtsprechung bereits zufolge positiver Vorwirkung als unzulässig und ist daher aufzuheben. Aufgrund ihrer Unzulässigkeit kommt der von der Beschwerdeführerin am 16. März 2009 abgegebenen Erklärung, dass sie sich vorbehaltlos auch dieser Regelung unterwerfe (nachstehend 4.b), diesbezüglich keine Bedeutung zu.

#### **E. 4**

a) Besteht eine Planungszone mit Bausperre, sind die der Bausperre unterstellten Baugesuche einer kumulativen Prüfung zu unterziehen. Die Baubehörde darf das geltende Recht nicht mehr alleine anwenden, sondern sie hat vielmehr in einer ersten Phase das Baugesuch daraufhin zu überprüfen, ob es mit dem geltenden Recht übereinstimmt. Fällt der Befund darüber positiv aus, so hat sie in einer zweiten Phase abzuklären, ob das nach altem Recht zu bewilligende Baugesuch dem künftigen Recht widerspricht. Nur wenn es auch dem künftigen Recht entspricht, ist es zu bewilligen. Steht es aber mit dem künftigen Recht in Widerspruch, so ist das Bewilligungsverfahren so lange zu sistieren, bis das künftige Recht endgültig in Kraft gesetzt ist. Die Sistierung entspricht dabei Lehre und Rechtsprechung, sofern der Zweck der Bausperre (Sicherung künftigen Rechts, Verhinderung einer unerwünschten Präjudizierung der Planung) nicht bereits mit mildereren Massnahmen erreicht werden kann (PVG 1991 Nr. 35 und 1993 Nr. 45 je mit Hinweisen). Als dem Gebot des Verhältnismässigkeitsprinzips und Art. 21 Abs. 2 KRG entsprechende, zulässige mildere Massnahme hat die Praxis u. a. die freiwillige Bereitschaft einer Bauherrschaft, eine künftige Erstwohnungsverpflichtung bzw. Zweitwohnungsbeschränkung in Form eines Revers oder einer Auflage zu akzeptieren (PVG 1989 Nr. 54) bezeichnet. Dies muss auch für die im Gesetzesentwurf ergänzend vorgesehene Kontingentierung gelten (vgl. BGE 1C\_274/2007 vom 1. Februar 2008 i. S. 13/28 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2009 158 X. gegen Gemeinde Y.). Erklärt sich also – wie vorliegend – ein Baugesuchsteller freiwillig bereit, die vorgesehenen neuen Vorschriften in Form einer/oder mehrerer Auflagen (Nebenbestimmung i. S. von Art. 90 KRG) zu akzeptieren, so entspricht das Baugesuch dem künftigen Recht und kann mithin bewilligt werden. b) Vorliegend steht fest, dass das der Planungszone unterstellte Bauvorhaben der Beschwerdeführerin geltendem Recht (bauliche Vorschriften, Nutzungsvorschriften) entspricht. Aus den Akten ergibt sich unschwer, dass es aufgrund der angestrebten Nutzung des geplanten Mehrfamilienhauses mit den im künftigen Recht vorgesehenen Nutzungsvorgaben (Zweitwohnungsanteil, [i.c.: 507,51 m<sup>2</sup> BGF]; Kontingentierung, [2008: 300 m<sup>2</sup> BGF; 2009: 207,51 m<sup>2</sup> BGF]; Erhebung einer Lenkungsabgabe) in Widerspruch steht. Anstelle einer Sistierung des Bewilligungsverfahrens und um den Widerspruch mit dem künftigen Recht zu beseitigen, hat die Gemeinde von der Bauherrschaft im Sinne der zitierten Rechtsprechung schriftlich die vorbehaltlose Erklärung verlangt, dass sie sich freiwillig den neuen Regelungen unterstelle. Die heutige Beschwerdeführerin hat die verlangte Erklärung – nach ersten Vorbehalten in vorangegangenen Schreiben – mit Schreiben vom 16. März 2009 vorbehaltlos abgegeben. Mit dieser Abgabe geht einher, dass die Beschwerdeführerin damit auch die von der Gemeinde zur Sicherung der Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit dem künftigen

Recht als erforderlich erachteten und in die Baubewilligung aufgenommenen (vorläufigen) Auflagen akzeptiert hat, ein Umstand, den sie sich heute denn auch – soweit sich die Auflagen als zulässig und nicht rechtswidrig erweisen – entgegenhalten lassen muss. c) Basierend auf der erwähnten Erklärung hat die Gemeinde das Baubewilligungsverfahren weitergeführt. Damit das Baugesuch mit dem künftigen Recht in Einklang steht, hat sie in Ziff. 2 des Dispositivs verschiedene Auflagen als notwendig erachtet und «provisorisch» verfügt. Die gesetzliche Grundlage für die Auflagen findet sich in Art. 90 KRG. Danach dürfen Baubewilligungen mit Nebenbestimmungen (Auflagen, Bedingungen) verknüpft werden; so insbesondere dann, wenn sich diese zur Schaffung oder Erhaltung des rechtmässigen Zustandes aufdrängen (Abs. 1 und 2). Dies gilt aufgrund des Gesagten auch unter der Geltung einer Planungszone. Es liegt nun in der Natur der Sache, dass unter der Herrschaft einer Planungszone erlassene Auflagen lediglich «provisorisch» verfügt werden dürfen. Entsprechend entfalten sie denn auch – im Sinne der erwähnten, zulässigen negativen Vor-

13/28 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2009 159 Wirkung – Rechtswirkungen. Die Planungszone nach Art. 21 Abs. 2 KRG und Art. 90 KRG bilden dabei bis zum Zeitpunkt des rechtskräftigen Entscheides über die Gesetzesvorlage die planungsrechtliche Grundlage für die «provisorisch» verfügten Auflagen und die damit einhergehenden Eigentumsbeschränkungen. Im Falle einer Nichtgenehmigung der Vorlage fallen sie und die damit verbundenen Rechtswirkungen ohne weiteres dahin. Andernfalls finden sie dann ihre Grundlage im neuen Gesetz und werden entsprechend «dauerhaft». Die in .5 der angefochtenen Baubewilligung aufgenommene Auflage erweist sich daher als rechts und dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin ist daher kein Erfolg beschieden.

## **E. 5**

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass die mit .3 (Kontingent) verfügte Auflage, angesichts der gleichzeitig erfolgten Erteilung der Baufreigabe mangels Beschwer nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden kann (oben 2.d). Dargelegt wurde sodann, dass die mit .4 verfügte Auflage zur Entrichtung bzw. Sicherstellung einer Lenkungsabgabe zufolge unzulässiger positiver Vorwirkung rechtswidrig und daher aufzuheben ist (oben 3.c). Nachdem bereits ausgeführt wurde, dass die mit .5 statuierte Auflage grundsätzlich zulässig ist (4.c), bleibt noch zu prüfen, ob die übrigen in .2 a–e statuierten Auflagen (Nutzung als Erstwohnungen; touristisch bewirtschaftete Zweitwohnungen; Anmerkungen der Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch) zulässig sind.

## **E. 6**

a) Die Beschwerdeführerin stellt sich zur Stützung ihrer Begehren auf den Standpunkt, die verfügten Auflagen seien unzulässig, weil die von der Gemeinde verfolgten Planungsabsichten und -ziele rechts- bzw. verfassungswidrig seien. Die Gemeinde sei nicht zum Erlass von Bestimmungen wie den im Gesetzesentwurf vorgesehenen zuständig. Die konkret vorgesehenen Bestimmungen müssten zudem als verfassungswidrig (u. a. wegen Verletzung der Eigentumsgarantie, der Wirtschaftsfreiheit sowie der Rechtsgleichheit) bezeichnet werden. b) Zutreffend ist, dass die im Gesetzesentwurf verwirklichten Planungsabsichten zulässig sein müssen. Im Lichte von Art. 21 KRG darf deren Zulässigkeit jedoch im vorliegenden Verfahren angesichts ihres «provisorischen» Charakters nur beschränkt überprüft werden. Die Prüfung hat sich dabei jedoch auf die

Frage zu beschränken, ob die Auflagen offensichtlich rechtswidrig oder sinnlos sind (Ruch, N 25 zu Art. 27 RPG mit Verweis auf BGE 113 Ia 362). Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor und für das Gericht

13/28 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2009 160 ist auch nichts ersichtlich, was die gerügten Auflagen als sinnlos erscheinen lassen könnte, ganz im Gegenteil. Aufgrund der angestrebten, raumplanerisch motivierten, gemeindlichen Ziele und Absichten und des gewichtigen öffentlichen Interesses an der Umsetzung derselben sind diese allesamt sachlich geboten und begründet. Zu prüfen bleibt damit noch, ob die in Ziff. 2 a–e statuierten Auflagen rechts- oder verfassungswidrig sind. Dies ist zu verneinen. c) Soweit die Beschwerdeführerin die Unzulässigkeit dieser Auflagen mit dem Argument der Verfassungswidrigkeit zu begründen versucht, erweist sich ihr Einwand als offensichtlich unbehelflich. Die von der Gemeinde mit der Planungszone verfolgten und mit den Auflagen «provisorisch» abgesicherten Planungsabsichten (Förderung des Erstwohnungsbaus/Beschränkung des Zweitwohnungsbaus) und die von ihr dazu im Gesetzesentwurf vorgesehenen Massnahmen (Festlegung eines 50 %-igen Erstwohnungsanteils, Kontingentierung des Zweitwohnungsbaus auf 1000 m<sup>2</sup> BGF/Jahr; Vorsehen einer Lenkungsabgabe; Nutzungsverpflichtungen, etc.) sind – soweit sie im Lichte der oben umschriebenen eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Prüfungsbefugnis zur Zulässigkeit der Auflagen im vorliegenden Verfahren überhaupt überprüft werden dürfen – verfassungsrechtlich grundsätzlich ohne weiteres vertretbar (vgl. BGE 112 Ia 65 E. 5c, 117 Ia 141 E. 2b mit Hinweisen). Eine die Aufhebung der Auflagen rechtfertigende Verletzung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit ist jedenfalls nicht ersichtlich. d) Soweit die Beschwerdeführerin diese Auflagen deshalb als rechtswidrig qualifiziert, weil sie der Gemeinde grundsätzlich die Zuständigkeit zum Erlass derartiger Bestimmungen absprechen will, ist sie auf Art. 3 Abs. 1 KRG in Verbindung mit Art. 22 f. KRG und Art. 27 Abs. 4 KRG hinzuweisen, aus denen sich die gemeindliche Zuständigkeit ergibt. Gemäss letzterwähnter Bestimmung können die Gemeinden sodann zur Sicherung eines genügenden Angebots an erschwinglichen Erstwohnungen und eines angemessenen Verhältnisses zwischen dauernd bewohnten Wohnungen und Ferienwohnungen Erstwohnungsanteile festlegen oder gleichwertige Regelungen treffen. Entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Auffassung beschränkt sich dabei die den Gemeinden mit Art. 27 Abs. 4 KRG zugestandene Kompetenz zum Erlass von Vorschriften nicht auf ein einziges Planungsinstrument, sondern lässt es zu, dass die möglichen Instrumente (z. B. Erstwohnungsanteilsregelung; Kontingentsregelungen; Erhebung einer Lenkungs- oder Ersatzabgabe) einzeln oder in Kombination in einem formellen Gesetz vorgesehen werden. Von dieser weit gefassten Regelungskompetenz haben denn auch bereits verschiedene, mit vergleichbaren Problematiken konfrontierte Bündner Gemeinden (z. B. Y., Pontresina) Gebrauch gemacht und in ihren Baugesetzen entsprechende Regelungen erlassen. Die von diesen Gemeinden erlassenen Erstwohnungsanteils- und Kontingentsregelungen – und damit letztlich auch deren Zuständigkeit zum Erlass derartiger Bestimmungen – sind von der Kantonsregierung (als Genehmigungsbehörde) und den anschliessend angerufenen Rechtsmittelinstanzen bestätigt worden (VGU R 2005 115, R 2006 25, R 2006 103, R 2009 7; BGE 1P\_96/2007 i. S. BauG P. gegen Gemeinde Pontresina, sowie BGE 1C\_274/2007 i. S. X. gegen Gemeinde Y.). e) Die gesetzliche Grundlage für die Anmerkungen der öffentlichen Eigentumsbeschränkungen im

Grundbuch (.2 lit. d und e) findet sich in Art. 90 Abs. 2 KRG; die sachliche Rechtfertigung liegt in deren Wirkung und Bedeutung sowie im Publizitätsbedürfnis Dritter, u. a. von potentiellen Käufern. f) Falsch ist sodann auch die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, die von der Gemeinde verfolgten Planungsabsichten seien rechtswidrig. Insbesondere trifft es nicht zu, dass eine Planungszone nur für Änderungen der Grundordnung, nicht aber für die Einführung neuer kommunaler Vorschriften erlassen werden dürfe. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass Art. 21 Abs. 1 KRG nicht nur den Erlass sondern auch die Änderung der Grundordnung als Anlass für den Erlass einer Planungszone nennt. Bestandteil der Grundordnung wiederum ist das Baugesetz (BG; Art. 22 Abs. 2 KRG, Art. 24 KRG). Das erst im Entwurf vorliegende Gesetz soll nun Bestandteil des kommunalen Baugesetzes bilden. Dessen Bestimmungen sollen ergänzend Anwendung finden, sofern und soweit Regelungen im neuen Gesetz fehlen (Art. 2 Abs. 2 des Entwurfes). Damit ist nun aber der Entwurf formell ungeschwer als Änderung des BG, und damit der Grundordnung, zu qualifizieren. Ebenso wenig verbietet das Raumplanungsrecht (RPG, KRG) den Erlass positiver Nutzungsvorschriften, wie der vorgesehenen planungsrechtlichen Grundlage für die streitigen Auflagen bildenden Bestimmungen. Dass alle vorliegend noch zur Diskussion stehenden (mittels «provisorischer» Auflagen konkretisierten) Massnahmen in einem gewichtigen öffentlichen Interesse stehen und zur Sicherung der mit der Planungszone nach Art. 21 KRG verfolgten planerischen Ziele und Absichten sachlich

13/28 Raumordnung und Umweltschutz PVG 2009 162 begründet sind, ist offenkundig. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, geht – zumal sie sich grundsätzlich gegen den Gesetzesentwurf wehrt – an der Sache vorbei. R 09 35 Urteil vom 15. September 2009 Die dagegen von der Gemeinde erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten 1C\_501/2009, mit welcher lediglich die vom Verwaltungsgericht aufgehobene Auflage betreffend Lenkungsabgabe (Ziff. 2.4 der Baubewilligung) sowie die anteilmässige Überbindung von Kosten vor Verwaltungsgericht angefochten wurde, wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 4. Januar 2010 gutgeheissen. Das Bundesgericht qualifizierte die am 16. März 2009 von der Bauherrschaft abgegebene schriftliche Erklärung, wonach sie sich freiwillig dem künftigen Recht unterstelle, als verwaltungsrechtlichen Vertrag und erachtete diesen wiederum als rechtlich zulässige Grundlage für eine vorläufige Abgabenerhebung.

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