

## GR\_GERICHTE R 2010 3 vom 4. Mai 2010

GR Gerichte, 2010-05-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2010\\_3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2010_3)

FR: GR\_GERICHTE R 2010 3 du 4 mai 2010

IT: GR\_GERICHTE R 2010 3 del 4 maggio 2010

### Regeste

Vorentscheid in Bausachen | Baurecht

### Volltext

R 10 3 5. Kammer URTEIL vom 4. Mai 2010 in der verwaltungsrechtlichen Streitsache betreffend Vorentscheid in Bausachen 1. Die Einrichtung des Restaurants ... in ... ist im Juli 2009 durch einen Brand zerstört worden. Mit Schreiben vom 3. September 2009 machte der Gemeindevorstand ... die ..., Eigentümerin des Restaurants, darauf aufmerksam, dass eine Umnutzung der Restaurantfläche nur mit schriftlicher Bewilligung der kommunalen Baubehörde vorgenommen werden dürfe. Nachdem der Gemeindevorstand signalisiert hatte, dass er an einer Restaurantnutzung festhalte, ersuchte die ... um einen anfechtbaren Entscheid. Mit Vorentscheid vom 30. November 2009 hielt der Gemeindevorstand fest, dass er einem Gesuch um Umwandlung der Restauranträumlichkeiten im ... in eine Bank nicht entsprechen würde. Der Gemeindevorstand begründete seinen Entscheid im Wesentlichen wie folgt: Bei der Erteilung der Baubewilligung für den Umbau und die Umnutzung der in der Inneren Dorfzone von ... gelegenen Hotelbetriebe ... und ... im Jahre 2004 seien der ... in einem gewissen Rahmen gewerbliche Nutzungen als Alternative zur Erstwohnungsanteilsverpflichtung zugestanden worden. Wegen der Besonderheiten des Projekts und der damals beabsichtigten Lockerung von Art. 64 des Baugesetzes der Gemeinde habe sich dies rechtfertigen lassen. So habe die Bauherrschaft mit der vom international renommierten Architekturbüro Foster and Partners erstellten „Feasibility Study“ vom 3. September 2003 die Vorteile des Projekts für ... aufzeigen können. Diese Studie habe auf dem Betrieb eines Restaurants im ... basiert. Im Baubescheid

vom 2. Februar 2004 sei in Ziffer 9 unter „Bedingungen und Auflagen“ daher Folgendes angeordnet worden: "Erstwohnungsanteil Für die projektierte neugeschaffene BGF von 8578 m2 (Umnutzung Hotel in Wohnfläche) beträgt der Erstwohnungsanteil, gestützt auf Art. 63 BauG, 2859 m2 BGF. Die Bauherrschaft hat sich, gestützt auf Art. 64 Abs. 2 der neuen Vorschriften, entschieden, die Hälfte der Erstwohnungsanteilsverpflichtung (50% von 2859 m2 BGF) gewerblich zu nutzen. Die hier geplante Nutzung als Gewerbefläche von 1752.50 m2 ist deshalb dauernd beizubehalten und darf ohne Zustimmung der Baubehörde nicht zweckentfremdet werden: ...: Laden 1 im EG 45.5 m2 Laden 2 im EG 70.0 m2 Laden 3 im EG 200.5 m2 Restaurant / Service / WC im 1. OG 406.0 m2 Laden 4 im 1. OG 79.5 m2 Laden 5 im 1. OG 21.5 m2 Laden/Lager 6 im 1. OG 84.5 m2 Galerie 7 im 2. OG 102.0 m2 Laden 8 im 2. OG 68.5 m2 ...: Laden / Lager 1 im 1. OG 165.0 m2 SPA / Fitness im 2. OG 280.0 m2 Laden 2 im 3. OG 44.5 m2 Laden 3 im 3. OG 44.0 m2 Bar / Lounge / Lobby / WC im 3. OG 141.0 m2 Total 1'752.5 m2 Die andere Hälfte wird als Einschränkung in der Nutzung, im Sinne eines sogenannten Erstwohnungsanteils, für

folgende Wohneinheiten verfügt: ...: ...: Die hier verfügte Verpflichtung betreffend Erstwohnungsanteil wird in Form einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung unter dem Stichwort ‚Erstwohnung‘, zulasten der Liegenschaft als Ganzes, Parzellen 10, 12 und 14, zur Anmerkung im Grundbuch ... angemeldet. Die Anmerkung dieser öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung erfolgt gemäss Art. 72 Abs. 2 BauG und Art. 18 Abs. 3 BauG.

Die Baubehörde bestimmt, ob und zu welchem späteren Zeitpunkt diese Eigentumsbeschränkung ‚Erstwohnung‘ mit einer ergänzenden Verfügung auch auf den betreffenden Stockwerkanteilen angemerkt werden soll. Weder für die Gewerbeflächen noch die Wohnflächen kann eine nachträgliche Abgeltung bewilligt werden." Gestützt auf Ziffer 9 des Baubescheids von 2004 sei der Gemeindevorstand der Auffassung, dass von der Gewerbefläche von 1752.5 m<sup>2</sup> eine Fläche von 406 m<sup>2</sup> durch einen Restaurationsbetrieb zu nutzen sei. An der Bedeutung dieser Lokalitäten habe sich bis heute nichts geändert. Der Gemeindevorstand sei nicht bereit, eine für die Öffentlichkeit weniger attraktive Nutzung zu gestatten; dies umso weniger, als diese Nutzung klar geltendem Recht widerspreche. Einem allfälligen Umnutzungs- bzw. Umbaugesuch könne daher nicht entsprochen werden. 2. Dagegen erhob die ... am 5. Januar 2010 Beschwerde mit dem Antrag um Aufhebung des Vorentscheides und der Feststellung, dem Gesuch um Umwandlung der Restaurantlokalitäten in eine Bank oder um Zuführung zu einer anderen gewerblichen Nutzung unter Einhaltung aller baugesetzlichen Vorschriften sei im konkreten Fall zu entsprechen. Sie macht geltend, dass die Erstellung und der Betrieb eines Restaurants nicht unabdingbare Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung gewesen sei. Der Baubescheid vom 2. Februar 2004 könne nur so verstanden werden, dass die Fläche von 1752.5 m<sup>2</sup> gewerblich zu nutzen sei, wobei die in Ziffer 9 der Baubewilligung beispielhaft aufgeführten Nutzungsmöglichkeiten (Ladengeschäfte, Restaurant, Galerie, Fitness, Bar usw.) denkbar seien. Darüber hinaus mangle es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage für die Pflicht zur Führung eines Restaurants. Angesichts der Tatsache, dass ... über eine ausreichende Versorgung mit Restaurationsbetrieben verfüge, fehle es auch an einem genügenden öffentlichen Interesse. Schliesslich könne der Beschwerdeführerin nicht zugemutet werden, ein defizitäres Restaurant zu betreiben bzw. durch Dritte betreiben zu lassen; dies sei unverhältnismässig.

3. Die Gemeinde ... beantragte in seiner Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Es sei vom Baugesetz 2000 auszugehen, welches nach wie vor gelte. Art. 64 BG sei unverändert geblieben. Er sehe vor, dass als Ersatzerfüllung der Erstwohnungsanteilsverpflichtung nur die hotelmässige Nutzung in Frage komme. Zwar habe man dies in der Planungszone vom 22. September 2003 lockern wollen, sodass die Erfüllung auch durch irgendeine gewerbliche Nutzung hätte möglich sein sollen, dies habe man aber wieder aufgegeben. Es wäre folglich schon 2003 und 2004 nicht zulässig gewesen, den Erstwohnungsanteil durch eine andere als eine hotelmässige Nutzung abzugelten. Dies gelte auch heute. Die Planungszone vom 22. September 2003 ändere daran nichts. Diese Planungszone sei längst überholt. Zudem habe die Gemeinde damals die rechtliche Wirkung dieser raumplanerischen Sicherungsmassnahme verkannt. Sie hätte das damals bestehende Recht neben dem geplanten neuen Recht anwenden müssen. Nach dem alten Recht wäre die Erteilung der Baubewilligung nicht möglich gewesen. Die Baubewilligung sei irrtümlich erteilt worden. Dies habe zur Folge, dass die Beschwerdeführerin Bauvorhaben mit den damals zugestandenen Nutzungen realisieren

haben können. Dafür habe sie auch die Bestandesgarantie. Die Bestandesgarantie decke aber die Umnutzung in eine Bank nicht ab. Die 2008 erlassene Planungszone spiele hier keine Rolle, zumal das in der Mitwirkung befindliche neue Gesetz die generelle Alternative der Erfüllung durch gewerbliche Nutzung ausschliesse. Es gebe keinen Anspruch der Beschwerdeführerin, nochmals abweichend vom Gesetz beurteilt zu werden, man habe ihr auch keine entsprechenden Zusicherungen gemacht. Es bestehe im Dorfzentrum von ... ein erhebliches öffentliches Interesse an Restaurantbetrieben. 4. In einem zweiten Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest und ergänzten und vertieften ihre Argumentation. Die Beschwerdeführerin reichte zudem ein Rechtsgutachten ein. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften und das Gutachten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Erstellung und der Betrieb eines Restaurants nicht unabdingbare Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung gewesen sei. Der Baubescheid vom 2. Februar 2004 könne nur so verstanden werden, dass die Fläche von 1752.5 m<sup>2</sup> gewerblich zu nutzen sei, wobei die in Ziffer 9 der Baubewilligung beispielhaft aufgeführten Nutzungsmöglichkeiten (Ladengeschäfte, Restaurant, Galerie, Fitness, Bar usw.) denkbar seien. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Baubewilligung 2004 legt in Ziffer 9 ganz klar fest, welche Flächen wie genutzt werden dürfen. Dabei handelt es sich keineswegs um eine bloss exemplifikative Aufzählung, sondern um eine eindeutig abgegrenzte Zuweisung der verschiedenen Flächen zu einer bestimmten Nutzung. Dazu zählen eben auch jene 406 m<sup>2</sup>, die als Restaurant zu nutzen sind. Auch nach dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Gutachten stellt dies eine nicht sachfremde und damit zulässige Auflage dar. Sie ist längst rechtskräftig, weshalb eine Nutzungsänderung daher einer Baubewilligung bedarf. 2. a) Die Beschwerdeführerin beruft sich für die von ihr angestrebte Umwandlung des Restaurants in eine Bankfiliale auf die Bestandesgarantie. b) Gemäss Art. 81 Abs. 1 KRG dürfen rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften nicht mehr entsprechen, erhalten und erneuert werden. Abs. 2 enthält eine erweiterte Besitzstandsgarantie. Danach dürfen solche Bauten und Anlagen zudem umgebaut, massvoll erweitert oder in ihrer Nutzung geändert werden, wenn dadurch die Abweichung von den geltenden Vorschriften nicht verstärkt wird und keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Art. 81 Abs. 3 KRG gibt den Gemeinden schliesslich die Kompetenz, das Hofstattrecht einzuführen. Die Besitzstandsgarantie bedeutet mithin, dass eine Rechtsposition, welche seinerzeit in Übereinstimmung mit den materiellrechtlichen Vorschriften erworben wurde, grundsätzlich auch unter dem neuen Recht, das deren Begründung nicht oder nicht mehr im bisherigen Umfang zulässt, fortbestehen

und gegebenenfalls auch weiterentwickelt werden kann (vgl. Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, S. 7). Bauten müssen also einerseits ursprünglich materiell rechtmässig gewesen sein und andererseits durch den Erlass neuen Rechtes materiell vorschriftswidrig geworden sein, um in den Genuss der Besitzstandsgarantie zu gelangen. Bauten und Anlagen dagegen, die sowohl im ursprünglichem als auch im aktuellen Bestand und in ihrer entsprechenden Nutzungsart rechtmässig waren und sind, sind auf die Besitzstandsgarantie gar nicht angewiesen. c) Vorliegend geht es jedoch entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin und der Gutachter gar nicht um einen solchen Anwendungsfall der Besitzstandsgarantie im

umschriebenen Sinne. Für die Bauten und Anlagen innerhalb der Inneren Dorfzone gilt mit Ausnahme der Ersatzabgaberegulierung nach wie vor das Baugesetz 1999/2000, welches in Art. 64 BG die Alternativerfüllung der Erstwohnungsanteilsquote lediglich durch eine hotelmässige Nutzung zulässt. Dementsprechend besteht auch kein Raum, um für das vorliegend zur Diskussion stehende Umnutzungsvorhaben auf Art. 81 Abs. 2 KRG zurückzugreifen, da eine Rechtsänderung gar nicht eingetreten ist. Hinzu kommt, dass die Baubewilligung von 2004 wohl als inhaltlich fehlerhaft zu qualifizieren ist, da Art. 64 BG damals wie heute nur die hotelmässige Nutzung als Alternative vorsah. Andere gewerbliche Nutzungen waren daher schon immer unzulässig. Mit der Idee der Besitzstandsregelung wäre es denn auch nicht vereinbar, bei einer gleich bleibenden bzw. gebliebenen Nutzungsordnung plötzlich etwas zu bewilligen, was in Widerspruch zum geltenden Recht steht, nämlich die Alternativerfüllung mit einem Dienstleistungsbetrieb zu gestatten. Wenn ein solcher angesichts der erwähnten Gesetzesbestimmung schon im Jahre 2004 nicht zulässig gewesen ist, dann gilt dies selbstredend auch heute noch bei einer dem gleichen Recht unterstehenden Änderung einer Baute. Der Gemeinde blieb demnach gar nichts anderes übrig, als das Umnutzungsgesuch abzuweisen. Ansonsten hätte sie eine klar rechtswidrige Baubewilligung erteilt, was sich nicht mit dem Legalitätsprinzip vereinbaren lässt. Die Bestandesgarantie zugunsten der Beschwerdeführerin bezieht sich nach dem Gesagten nur auf

die Nutzung des fraglichen Lokales als Restaurant. Eine Überprüfung des öffentlichen Interesses an der Auflage und deren Verhältnismässigkeit erübrigt sich demnach und auch, weil die Auflage längst rechtskräftig und offensichtlich nicht nichtig ist. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu schützen. 3. Bei diesem Ausgang gehen die Verfahrenskosten zulasten der Beschwerdeführerin. Bund, Kanton und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen wird gemäss Art. 78 Abs. 2 des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen. Davon abzuweichen besteht vorliegend kein Anlass. Demnach erkennt das Gericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Gerichtskosten, bestehend - aus einer Staatsgebühr von Fr. 4'000.-- - und den Kanzleiauslagen von Fr. 212.-- zusammen Fr. 4'212.-- gehen zulasten der ... und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen. Die dagegen an das Bundesgericht erhobene Beschwerde wurde am 28. September 2010 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (1C\_343/2010).

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