

# GR\_GERICHTE R 2012 44 vom 23. Oktober 2012

GR Gerichte, 2012-10-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2012\\_44](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2012_44)

FR: GR\_GERICHTE R 2012 44 du 23 octobre 2012

IT: GR\_GERICHTE R 2012 44 del 23 ottobre 2012

## Regeste

Baueinsprache | Baurecht

## Erwägungen

### E. 5

Kammer URTEIL vom 23. Oktober 2012 in der verwaltungsrechtlichen Streitsache betreffend Baueinsprache 1. Mit Baugesuch vom 14. Dezember 2011 reichte ... bei der Baubehörde der Gemeinde ... ein Baugesuch für den Abbruch der Gebäude ... Nr. 283 und Nr. 283A und den Neubau der Mehrfamilienhäuser A und B sowie einen Unterstand für 6 Autoeinstellplätze auf der Parzelle Nr. 4886 ein. Am selben Tag unterbreitete ... der Gemeinde ein weiteres Baugesuch für ein Mehrfamilienhaus C. Nach der Publikation der Baugesuche im Amtsblatt der Landschaft ... gingen gegen die Bauvorhaben mehrere Einsprachen ein. Während die einen Einsprecher in ihrer Eingabe im Wesentlichen auf das Mehrfamilienhaus C Bezug nahmen (Einsprache ... und Mitbeteiligte vom

### E. 7

Januar 2012) begründeten andere ihre Einsprache in Bezug auf die geplanten Mehrfamilienhäuser A und B (Einsprache Hannes und Dorina Friedli und Mitbeteiligte vom 9. Januar 2012). Letztere Einsprecher machten diesbezüglich insbesondere die Unvollständigkeit der Baugesuchsunterlagen, die Missachtung von Mindestbesonnungsvorschriften, einen Verstoss gegen die Grenzabstände, die Missachtung von Vorschriften über die Parkplätze, eine mangelhafte Ausnutzungsziffernberechnung (AZ-Berechnung), das Fehlen von Kinderspielplätzen, die Rechtswidrigkeit der Dachaufbaute sowie einen Entzug von Licht, Sonne und Aussicht geltend. Zudem wurde in einer weiteren Stellungnahme vom 29. März 2012 geltend gemacht, dass aus der Annahme des neuen Art. 75b der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) in der Volksabstimmung vom 11. März 2012 respektive aus dessen sofortigem Inkrafttreten gemäss Art. 197 Ziff. 8 Abs. 2

BV (recte: Ziff. 9) die Konsequenz erwachse, dass keine neuen Baubewilligungen für Zweitwohnungen mehr erteilt werden dürften. Da beim vorliegenden Projekt ausschliesslich Zweitwohnungen geplant seien, dürften diese nun nicht mehr von der Gemeinde bewilligt werden. 2. Am 10. April 2012 (mitgeteilt am 13. April 2012) erteilte die Gemeinde ... die Baubewilligung für den Abbruch der Gebäude ... Nr. 283 und Nr. 283A und den Neubau der Mehrfamilienhäuser A und B auf der Parzelle Nr. 4886. Gleichzeitig trat sie auf die Einsprache von ... (und Mitbeteiligte) mangels Legitimation der Einsprecher nicht ein. Ferner hiess die Gemeinde die Einsprache von ... und ... (und Mitbeteiligte) in Bezug auf die Einwände „fehlender Kinderspielplatz“ und „rechtswidrige Dachaufbaute“ gut, wies sie im Übrigen jedoch ab, soweit sie darauf eintrat. Die

Baubewilligung für die Mehrfamilienhäuser A und B erteilte sie sodann unter verschiedenen Bedingungen und Auflagen. Zur Begründung führte die Gemeinde insbesondere aus, dass auf die Einsprache von ... und ... (und Mitbeteiligte) insoweit nicht eingetreten werden könne, als der Entzug von Licht, Sonne und Aussicht geltend gemacht werde. Hier würden privatrechtliche Bestimmungen (Art. 684 des Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]) angerufen, deren Anwendung nicht Sache der Baubehörde sei. Was die Baubewilligungserteilung für die geplanten Zweitwohnungen betreffe, so liege keine Verletzung des neuen Art. 75b BV vor. Zwar sei das neue Recht sofort in Kraft getreten, doch werde übergangsrechtlich bestimmt, dass erst ab dem 1. Januar 2013 erteilte Baubewilligungen nichtig seien. Vorher könnten entsprechende Bewilligungen noch erteilt werden, wenn der Bewilligungserteilung nicht Ausführungsrecht entgegenstünde, was zumindest vorläufig nicht der Fall sei. Es liege auch kein Verstoss gegen die Mindestbesonnungsvorschriften vor; der Besonnungsnachweis des Ingenieurbüros ... vom 14. Dezember 2011 sowie vom 20. Januar 2012 bestätige, dass vorliegend die im kommunalen Baugesetz vorgeschriebene zweistündige Besonnung von Haupträumen eingehalten sei. Der über das Bezirksgericht ... eingeholte Bericht der ... Ingenieure AG vom 27. Februar 2012 komme zwar zu einem anderen Ergebnis. Dieser Beurteilung habe aber

das ursprüngliche Bauprojekt zugrunde gelegen, welches zwischenzeitlich im Bereich des Dachkranzes (Reduktion der Höhe um 45 cm) geändert worden sei. Auf Rückfrage des Bauamtes habe die ... Ingenieure AG bestätigt, dass nunmehr die minimale Besonnungsdauer von 120 Minuten eingehalten würde. Es liege ferner kein Verstoss gegen die Grenzabstandsvorschriften vor. Allenfalls möge aber der Einwand der Einsprecher, die AZ-Berechnung sei mangelhaft, zutreffen. Die vorgeschriebene AZ von 0.85 in der Wohnzone ... werde aber deswegen nicht überschritten. Die beiden Baukörper erreichten nur eine AZ von 0.7. Auch sei der Einwand bezüglich der Pflichtparkplätze unbegründet. Aufgrund der Vorschriften müssten

## **E. 8**

Pflichtparkplätze nachgewiesen werden, und diese seien auch tatsächlich vorhanden. In der ursprünglichen Eingabe habe hingegen tatsächlich ein Kinderspielplatz gefehlt. Der Mangel sei aber in der Zwischenzeit von der Bauherrin durch Nachreichung eines Umgebungsplanes behoben worden. Begründet sei zunächst auch der Einwand der rechtswidrigen Dachaufbaute gewesen. Auch dieser Mangel sei jedoch zwischenzeitlich durch eine Reduktion des Dachkranzes um 45 cm behoben worden. Das Bauprojekt sei daher in dieser abgeänderten Form bewilligungsfähig. 3. Am 15. Mai 2012 gelangten die Einsprecher ... (im Folgenden: Beschwerdeführer) an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Mit ihrer Beschwerde beantragen sie die Abweisung der Baugesuche und die Verweigerung der nachgesuchten Baubewilligungen. Eventuell seien die Baugesuche zur Überarbeitung an die Vorinstanz zurückzuweisen und nach erfolgter Ergänzung neu auszuschreiben. Die Beschwerdeführer begründen ihre Eingabe damit, dass die Baugesuchsunterlagen unvollständig seien und die Beschwerdegegnerin 2 keine Parkplatzberechnung bzw. keinen Parkplatznachweis eingereicht habe. Aus den Plänen gehe zudem nicht klar hervor, wie die Solarzellen auf den Dächern angeordnet würden. Sollte die mittlere Reihe der Solarzellen versetzt angeordnet werden, hätte dies einschneidende Auswirkungen auf die Besonnung des Gebäudes der Einsprecher. Bezüglich des fehlenden Kinderspielplatzes sei der Plan

„Umgebungsarbeiten“ den Beschwerdeführern zudem nie zur Stellungnahme unterbreitet worden. Ihnen sei daher das rechtliche Gehör verweigert worden. Was den neuen Art. 75b BV betreffe, sei diese Bestimmung mit der Annahme durch das Stimmvolk und die Stände am 11. März 2012 – und damit vor Erteilung der Baubewilligung – in Kraft getreten. Da der Zweitwohnungsanteil in ... bereits schon im Jahre 2000 bei 38.5% gelegen habe, widersprüchen die Baubewilligungen im vorliegenden Fall offensichtlich dem Zweck des Verfassungsartikels. Aus dem Merkblatt „Informationsplattform zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über die Zweitwohnungen“ des Departementes für Volkswirtschaft und Soziales Graubünden gehe zudem hervor, dass Gemeinden mit zu beachtender Kontingentsregelung neue Baubewilligungen nur noch erteilen könnten, wenn für das Jahr 2012 noch verfügbare Kontingente für Zweitwohnungen vorhanden seien. Bei der Beurteilung des Vorhandenseins der sachlichen Voraussetzungen der Baubewilligungen sei auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das Bauvorhaben in Angriff genommen werden soll. Da dies vorliegend erst im Jahre 2013 der Fall sei, seien die gesetzlichen Voraussetzungen für den Bau von Zweitwohnungen nicht gegeben. Was die Mindestbesonnungsdauer gemäss Art. 26 des kommunalen Baugesetzes (BauG) angehe, sei diese nach den Berechnungen der ... Ingenieure AG beim nachbarschaftlichen Haus C der Stockwerkeigentümergeinschaft Insalvo eingehalten. Da diese Berechnung von den Beschwerdeführern angezweifelt worden sei, hätten diese über das Bezirksgericht ... ein unabhängiges Gutachten von der ... Ingenieure AG einholen lassen. Dieses Gutachten vom 27. Februar 2012 sei zum Schluss gekommen, dass 50% der Hauptwohnräume des nachbarschaftlichen Hauses C am relevanten 21. Dezember während maximal 100 Minuten besonnt würden. Das Bauamt habe dann von der ... Ingenieure AG selber ein Gutachten eingeholt über die Besonnung mit einem um 0.45 m abgesenkten Dachkranz. Dieses Gutachten sei dann wiederum zum Schluss gekommen, dass dadurch die Besonnung um 35 Minuten zunehme und insgesamt damit 135 Minuten betrage. Dieses Ergebnis komme aber nur zu Stande, weil ein Hauptraum bereits als besonnt betrachtet werde, sobald eines seiner Fenster

teilweise bzw. minimal besonnt sei. Richtigerweise seien aber Haupträume erst dann ausreichend besonnt, wenn 50 % der Fensterfläche sämtlicher Hauptwohnräume eines Gebäudes bzw. 50 % der Hauptfassade besonnt würde. Diese Besonnungsvoraussetzungen seien hier aber nicht erfüllt. Bei dieser Betrachtungsweise seien am relevanten 21. Dezember die Hälfte der Haupträume des nachbarschaftlichen Hauses C nur während ca. 15 Minuten besonnt. Selbst wenn man davon ausgehen würde, es müssten 50 % der Hauptfassade besonnt sein, würde die Besonnungsdauer nur gerade 30 Minuten betragen. Da aber alle eingeholten Gutachten in Bezug auf die Besonnung um die Mittagszeit gewisse Mängel aufwiesen, müsse zur Klärung der noch offenen Fragen am 21. Dezember 2012 ein Augenschein durchgeführt werden. Ferner betrage in der Wohnzone ... der kleine Grenzabstand 5 Meter. Der Grenzabstand der geplanten Mehrfamilienhäuser A und B betrage aber im Norden gegenüber der Parzelle Nr. 4885 gerademal 4.49 Meter bzw. 4.5 Meter, womit die Abstandsvorschriften verletzt seien. Verletzt seien auch der Grenz- und Gebäudeabstand zu der nachbarschaftlichen Parzelle Nr. 6169. Zwischen den Parzellen Nr. 4886 und Nr. 6169 bestehe zwar ein gegenseitiges Grenzbaurecht, doch müsse auch hier der Gebäudeabstand von 10 Metern eingehalten werden. Dieser werde um 2.5 Meter unterschritten. Schliesslich seien sechs 4.5-Zimmerwohnungen und 2 Studios geplant, womit bei korrekter Berechnung 16 Pflichtparkplätze erstellt werden müssten. Vorgesehen seien aber nur 8 gedeckte und 2 offene Parkplätze. Es fehlten somit noch 3 gedeckte und 3

offene Parkplätze. 4. Am 29. Juni 2012 bzw. am 2. Juli 2012 reichten die Gemeinde und die Beschwerdegegnerin 2 ihre Vernehmlassungen ein. Die Beschwerdegegnerinnen beantragen darin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführer seien ungenügend; es werde von ihnen nur beantragt, dass die Baugesuche abzuweisen seien. Eine Aufhebung der angefochtenen Entscheide werde hingegen nicht beantragt. Auf die Beschwerde könne daher nicht eingetreten werden. Nicht legitimiert seien die Beschwerdeführer zum Einwand betreffend den Kinderspielplatz (Art. 46 BauG). Hier verhalte es sich bezüglich der Beschwerde nicht anders als bei der Kontingentierung von Zweitwohnungen, bei welcher das Verwaltungsgericht Dritten ebenfalls die Legitimation zur Anfechtung abgesprochen habe. Die Rüge der unvollständigen Baugesuchsunterlagen sei unbegründet, da im Baugesuchsformular und im Umgebungsplan die Parkplätze einwandfrei nachgewiesen seien. Was die Solarzellen betreffe, ergebe sich deren Anordnung rechtsgenügend aus den Schnittplänen. Die Solarzellen seien nicht versetzt angeordnet. Die Gemeinde könne nicht beweisen, dass sie den vom 14. Dezember 2011 datierten Umgebungsplan mit dem eingezeichneten Kinderspielplatz den Beschwerdeführern zugestellt habe. Das spiele aber keine Rolle, weil es sich hier um eine Frage von untergeordneter Bedeutung handle. Es wäre der Baubehörde auch möglich gewesen, im Rahmen der Baubewilligung die Auflage zu machen, einen solchen Spielplatz bis zum Baubeginn auszuweisen, dies umso mehr, als aussenstehende Dritte keinerlei eigenes Interesse an einer solchen Einrichtung hätten. Eine Verletzung der Bestimmungen über die Zweitwohnungen liege nicht vor. Ursprünglich hätten die Beschwerdeführer die Auffassung vertreten, nach Annahme der Initiative am 11. März 2012 dürften in den Tourismusgemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil über 20% überhaupt keine Baubewilligungen mehr für Zweitwohnungen erteilt werden. Nunmehr stellten sie sich auf den Standpunkt, dass auf jeden Fall für solche Zweitwohnungen keine Baubewilligung mehr ergehen dürften, die erst im Jahre 2013 realisiert werden sollen. Diese Auffassung sei aber nicht haltbar, da Art. 75b BV klar auf den Zeitpunkt der Baubewilligungserteilung abstelle und nicht auf jenen der Projektrealisierung. Was den Hinweis der Beschwerdeführer auf das Merkblatt des Departementes für Volkswirtschaft und Soziales Graubünden betreffe, sei es wohl richtig, dass sich das Departement auf den Standpunkt gestellt habe, dass in Gemeinden mit zu beachtender Kontingentsregelung neue Baubewilligungen nur mehr erteilt werden dürften, wenn für das Jahr 2012 noch verfügbare Kontingente für Zweitwohnungen vorhanden seien und dass die Berücksichtigung von später verfügbaren Kontingenten für Zweitwohnungen vermieden werden sollte. Die Beschwerdeführer würden aber unterschlagen,

was das Departement im nachfolgenden Satz ausgeführt habe. Gemäss dem Departement seien für Baugesuche, die bereits vor dem 11. März 2012 eingereicht oder mit einer Gemeinde vorbesprochen wurden, pragmatische Lösungen anzustreben. So wäre es höchst unbefriedigend, wenn jene Gemeinden, welche bereits aus eigenem Antrieb in Form von Kontingentierungen Einschränkungen des Zweitwohnungsbaus vorgenommen hätten, schlechter gestellt wären als jene, welche sich bis anhin nicht darum gekümmert hätten. Deshalb müsse es jedenfalls zulässig sein, dass bei der Baubewilligungserteilung im Jahre 2012 die Kontingente für das Jahr 2013 noch berücksichtigt werden dürften. Des Weiteren sei vorliegend die gesetzlich vorgesehene minimale Besonnungsdauer von 120 Minuten eingehalten. Dies gelte auf jeden Fall, nachdem der Dachkranz um 45 cm reduziert worden sei. Gemäss geltender Praxis werde Art. 26 des kommunalen Baugesetzes (BauG) so

ausgelegt, dass ein Hauptraum als besonnt gelte, wenn eines seiner Fenster teilweise besonnt sei und somit Sonnenlicht in den Raum falle. Das entspreche auch dem Wortlaut von Art. 26 BauG. Für eine andere Praxis (Besonnung von 50 % der Fensterflächen sämtlicher Hauptwohnräume oder Besonnung von 50 % der Hauptfassade), wie sie die Beschwerdeführer reklamierten, bestehe aufgrund des Wortlautes von Art. 25 Abs. 1 BauG (recte: Art. 26 Abs. 1 BauG) kein Raum. Abgesehen davon, müsste wegen der beschränkten Kognition des Verwaltungsgerichtes vorliegend dargetan werden, dass die Auslegung der Gemeinde nicht mehr vertretbar und schlechthin unhaltbar sei. Davon könne aber keine Rede sein, zumal das Verwaltungsgericht die bisherige Praxis der Gemeinde mehrmals geschützt habe. Die Durchführung eines Augenscheines am 21. Dezember 2012 sei nicht angezeigt – hierbei gehe es den Beschwerdeführern nur darum, das Verfahren zu verzögern. Für die Ermittlung der faktischen Besonnung sei man nicht auf einen Augenschein angewiesen. Die Fachleute seien in der Lage gewesen, den Besonnungsnachweis ohne Augenschein am 21. Dezember zu erbringen. Ferner seien auch die Grenzabstände zu Parzelle Nr. 4885 eingehalten, da wegen Einhaltung der Vorschriften der Mindestbesonnung gemäss Art. 26 Abs. 4 BauG nur der reduzierte kleine Grenzabstand von 4 Metern – und nicht der von 5 Metern –

eingehalten werden müsse. Auch der Grenz- und der Gebäudeabstand zu Parzelle Nr. 6169 sei nicht verletzt. Die Parzellen Nr. 4886 und Nr. 6169 hätten sich ein gegenseitiges Grenzbaurecht eingeräumt, daher brauche kein Gebäudeabstand eingehalten werden. Der diesbezügliche Vorbehalt im Baurechtsvertrag mache überhaupt keinen Sinn. Vorliegend betrage der Grenz- und Gebäudeabstand 7.5 m, also mehr als der Mindestgebäudeabstand gemäss Art. 75 Abs. 2 des Raumplanungsgesetzes für den Kanton Graubünden (KRG). Die Eigentümer der Parzelle Nr. 6169 hätten denn auch keine Einsprache erhoben. Schliesslich seien sechs 4-Zimmerwohnungen und zwei Studios geplant, wobei die grossen Wohnungen aus zwei Schlafzimmern sowie einem abtrennbaren Wohn- und Essbereich bestünden. Damit sei ein Pflichtparkplatz pro Wohnung plus zwei Besucherparkplätze nachzuweisen, was die Beschwerdegegnerin 2 getan habe. 5. In ihrer Replik vom 16. August 2011 halten die Beschwerdeführer an ihren Ausführungen zu Art. 75b BV fest und bringen des Weiteren hervor, dass auch die kommunalen Kontingentsbestimmungen betreffend Zweitwohnungen vorliegend nicht eingehalten worden seien. So würde das kommunale Baugesetz ein Jahreskontingent von insgesamt 6'500 m<sup>2</sup> Bruttogeschossfläche (BGF) für Zweitwohnungen vorsehen. Das Jahreskontingent pro Bauherrschaft für Zweitwohnungen in Kleinprojekten sei sodann auf maximal 750 m<sup>2</sup> BGF limitiert. Gemäss Genehmigungsbeschluss der Regierung des Kantons Graubünden vom 9. Mai 2012 sei der Kontingentswert von 6'500 m<sup>2</sup> BGF auf 4'000 m<sup>2</sup> BGF reduziert worden. Im gleichen Verhältnis seien auch die anderen Werte zu reduzieren, sodass für Zweitwohnungen in Kleinprojekten pro Bauherrschaft nur maximal 500 m<sup>2</sup> BGF blieben. Bei einer Gesamtüberbauung derselben Bauherrschaft müssten die Bruttogeschossflächen zusammengezählt werden. Vorliegend seien nicht nur die beiden Mehrfamilienhäuser A (415.75 m<sup>2</sup> BGF) und B (415.75 m<sup>2</sup> BGF) zu berücksichtigen, sondern auch das Haus C (1'093 m<sup>2</sup> BGF), für welches ebenfalls ein Baugesuch eingereicht worden sei, welches aber noch nicht bewilligt sei. Das Jahreskontingent für Grossprojekte betrage pro Grossprojekt (> 1'000 m<sup>2</sup> BGF) nur 1'000 m<sup>2</sup> BGF. Auch wenn es

sich vorliegend lediglich um ein Kleinprojekt ( $\leq 1'000$  m<sup>2</sup> BGF) handeln würde, wäre das Jahreskontingent überschritten; denn dieses betrage in ... lediglich 500 m<sup>2</sup> BGF. Die

maximalen Jahreskontingente der Gemeinde für Kleinprojekte seien für das Jahr 2012 bis auf 157.16 m<sup>2</sup> BGF bereits ausgeschöpft. Noch schlechter sehe die Situation aus, wenn das Bauvorhaben als Grossprojekt behandelt würde (Jahreskontingent nach Beschluss des Regierungsrates vom

## **E. 9**

Mai 2012: 2'800 m<sup>2</sup> BGF). In diesem Fall wäre erst im Jahre 2016 ein Restkontingent von 193.29 m<sup>2</sup> und im Jahre 2017 von 899.71 m<sup>2</sup> BGF verfügbar. Mit Bewilligung der Bauprojekte seien die Kontingentsbestimmungen gemäss Regierungsbeschluss verletzt worden. Letztlich replizieren die Beschwerdeführer die Ausführungen der Beschwerdegegnerinnen betreffend die Mindestbesonnungsdauer vertieft, wobei sie hierzu nochmals eingehend ihre Standpunkte darlegen. 6. In ihrer Duplik vom 5. September 2012 nimmt die Gemeinde ausführlich zum erhobenen Einwand der Beschwerdeführer Stellung, dass die kommunalen Kontingentsvorschriften betreffend Zweitwohnungen vorliegend verletzt seien. Die Beschwerdeführer seien zur Erhebung dieser Rüge nicht legitimiert. So hätten sie auch bei einer teilweisen Begründetheit ihres Einwandes und der Gutheissung der Beschwerde keinen praktischen Nutzen, da die Bauherrin im Umfange eines allenfalls zu viel bezogenen Kontingentes noch immer Erstwohnungen erstellen könnte oder die Raumeinheiten hotelmässig oder hotelähnlich nutzen dürfte. Sodann sehe die nun vom Bundesrat erlassene Verordnung über Zweitwohnungen in Artikel 8 vor, dass Baubewilligungen für den Bau von Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und der Ablösung dieser Verordnung durch die ordentliche Ausführungsgesetzgebung erteilt würden, nichtig seien. Die Verordnung schränke demnach Baubewilligungserteilung für Zweitwohnungen nicht zusätzlich ein. Eine Verletzung der kommunalen Kontingentsbestimmungen, wie von den Beschwerdeführern behauptet, liege sodann nicht vor. Zu beachten sei, dass der Genehmigungsentscheid der Regierung, in welchem das vom Gemeindesouverän festgelegte Jahreskontingent für Zweitwohnungen von

6'500 m<sup>2</sup> BGF auf 4'000 m<sup>2</sup> BGF reduziert wurde, am 8. Mai 2012 ergangen sei, in einem Zeitpunkt also, an dem die vorliegend angefochtene Baubewilligung (vom 13. April 2012) bereits erteilt worden war. Das damals geltende Gemeinderecht habe eine Aufteilung des Kontingents auf 4'500 m<sup>2</sup> BGF für Grossprojekte und 2'000 m<sup>2</sup> BGF für Kleinprojekte vorgesehen. Pro Bauherrschaft habe das Jahreskontingent 1'500 m<sup>2</sup> BGF für Grossprojekte und 750 m<sup>2</sup> BGF für Kleinprojekte betragen. Eine Nachprüfung habe ergeben, dass die geplanten Mehrfamilienhäuser A und B eine BGF von 831.50 m<sup>2</sup> aufwiesen. Indessen müsse (gemäss Art. 134 Abs. 2 lit. b BauG) hiervon eine Fläche von 251.4 m<sup>2</sup> abgezogen werden, da im bestehenden und abzureissenden Gebäude eine solche Wohnfläche bereits vorhanden gewesen sei. Unter Berücksichtigung der Erschliessung (122 m<sup>2</sup> BGF) und unter Berücksichtigung der Fläche für die altrechtlichen Wohnungen bleibe eine anrechenbare BGF- Fläche von 716.6 m<sup>2</sup>, womit die Bauherrin im Jahre 2013 nicht mehr Kontingente als für die zulässigen 750 m<sup>2</sup> BGF bezogen habe. In ihrer Duplik erklärte sich die Beschwerdegegnerin 2, d.h. die Bauherrin, bereit, für den Fall, dass das Gericht zur Auffassung gelangen sollte, die Kontingentsvorschriften der Gemeinde seien verletzt, im Umfang von 85 m<sup>2</sup> Erstwohnungen zu erstellen oder eine entsprechende Fläche hotelmässig oder hotelähnlich im Sinne Art. 134 Abs. 2 lit. d BauG zu nutzen. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Einspracheentscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Anfechtungsobjekt bildet im vorliegenden

Verfahren der Bau- und Einspracheentscheid der Gemeinde ... vom 13. April 2012. Streitig und zu prüfen ist im Folgenden die Verletzung von kommunalen Mindestbesonnungs-, Abstands- und Kontingentierungsvorschriften einerseits und die Missachtung

des neuen Art. 75b BV betreffend die Einschränkung von Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % andererseits. Vorab machen die Beschwerdegegnerinnen allerdings geltend, dass nicht auf die Beschwerde eingetreten werden könne, da die Rechtsschrift der Beschwerdeführer nicht den Voraussetzungen des Art. 38 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) entspreche. Die Beschwerdegegnerinnen weisen darauf hin, dass das kommunale Baubewilligungsverfahren abgeschlossen sei und deshalb eines der Rechtsbegehren auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides lauten müsste. Indessen ist für das Gericht klar, dass die Beschwerdeführer mit ihrem Begehren um Abweisung und Verweigerung der Baubewilligungen – zwar stillschweigen aber unmissverständlich – auch die Aufhebung des Bau- und Einspracheentscheids beantragen. Eine andere Interpretation würde mit dem Verbot des überspitzten Formalismus in Konflikt stehen und wäre rechtlich nicht zu schützen. Auf die vorliegende Beschwerde kann insofern eingetreten werden, als die Beschwerdeführer zur Erhebung der einzelnen Rügen legitimiert sind (vgl. hierzu Erwägung 3c). 2. a) Die Beschwerdeführer begründen ihre Eingabe an das Verwaltungsgericht zunächst damit, dass die Baugesuchsunterlagen unvollständig seien und die Beschwerdegegnerin 2 keine Parkplatzberechnung bzw. keinen Parkplatznachweis bei der Gemeinde eingereicht habe. Aus den Plänen gehe zudem nicht klar hervor, wie die Solarzellen auf den Dächern angeordnet würden. Sollte die mittlere Reihe der Solarzellen versetzt angeordnet werden, hätte dies einschneidende Auswirkungen auf die Besonnung des Gebäudes der Beschwerdeführer. Zudem sei ihnen der fehlende Plan „Umgebungsarbeiten“ nie zur Stellungnahme zugestellt worden, wodurch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt worden sei. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels führt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides, weshalb diese Rüge vorweg zu behandeln ist (vgl. nur BGE 137 I 195 E. 2.2).

b) Im Baugesuchsformular und im Umgebungsplan sind die Parkplätze enthalten und die Anordnung der Solarzellen auf dem Dach ist in den Baugesuchsunterlagen ebenfalls hinreichend dargestellt, weshalb die diesbezüglichen Einwände unbegründet sind. Die Befürchtung der Beschwerdeführer, die Solarzellen könnten versetzt angeordnet werden, hat sich denn auch nicht bestätigt. Was die angebliche Gehörsverletzung, wegen der Nichtzustellung des Planes „Umgebungsarbeiten“ vom 14. Dezember 2011 (ergänzt am 7. Februar 2012) mit eingezeichnetem Kinderspielplatz angeht (vgl. die Beilagen der Beschwerdegegnerin 1 [act. 3 Beilage 6] sowie der Beschwerdegegnerin 2), kann den Ausführungen der Beschwerdeführer nicht gefolgt werden. Ein Anspruch auf Zustellung von Akten kann nicht, wie von den Beschwerdeführern behauptet, aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitet werden. Das Recht auf Akteneinsicht im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsrechtspflege beinhaltet gegebenenfalls die Befugnis, am Sitz der Akten führenden Behörde selbst Einsicht in die Unterlagen zu nehmen, sich Aufzeichnungen zu machen und, wenn dies der Behörde keine übermässigen Umstände verursacht, Fotokopien zu erstellen (vgl. hierzu ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, N 1691 mit Hinweisen). Davon abgesehen, verhält es sich vorliegend so, dass die

Beschwerdeführer kein eigenes schutzwürdiges Interesse an dem Kinderspielplatz (und damit grundsätzlich auch kein schutzwürdiges Interesse an der Einsichtnahme in den entsprechend ergänzten Umgebungsplan) nachweisen können, was in Bezug auf den Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör, welcher grundsätzlich von der Intensität der Betroffenheit durch eine Verfügung abhängt, eine Rolle spielt. Je grösser nämlich die Gefahr einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen ist und je bedeutsamer diese sind, desto umfassender ist das rechtliche Gehör von einer Behörde zu gewähren (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1677). Aufgrund dieser Überlegungen ist klar, dass die Gemeinde Art. 29 Abs. 2 BV nicht verletzt hat, indem sie von einer Zustellung des Planes „Umgebungsarbeiten“ vom 14. Dezember 2012, welcher am 7. Februar 2012 einzig und alleine um

einen Kinderspielplatz ergänzt wurde, abgesehen hat. Dass die Gemeinde sodann in ihrem Einspracheentscheid vom 13. April 2012 auf den ergänzten Plan „Umgebungsarbeiten“ verweist und damit die Einwendung der Beschwerdeführer, es fehle bei dem umstrittenen Bauvorhaben ein Kinderspielplatz, widerlegt, ist nicht zu beanstanden und nachvollziehbar. Ob die Beschwerdeführer vor dem Einspracheentscheid in den ergänzten Plan Einsicht nehmen konnten oder nicht, ist zum jetzigen Zeitpunkt auch deshalb unerheblich, weil mit vorliegender Beschwerde keine materiellen Einwände gegen den (bei den Akten liegenden) ergänzten Umgebungsplan erhoben werden. Ein allfälliger Mangel im Baubewilligungsverfahren wäre durch das vorliegende Beschwerdeverfahren als geheilt zu betrachten. 3. a) Die Beschwerdeführer rügen sodann eine Verletzung des neuen Art. 75b BV. Dabei machen sie geltend, dass mit der Annahme der Volksinitiative „Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!“ (sog. Zweitwohnungsinitiative) der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 % beschränkt worden sei. Gemäss Art. 195 BV trete die ganz oder teilweise revidierte Bundesverfassung in Kraft, wenn sie von Volk und Ständen angenommen würde, womit der neue Art. 75b BV am Tage der Annahme, d.h. am 11. März 2012 und damit vor der Erteilung der vorliegend angefochtenen Baubewilligung, in Kraft getreten sei. Die neue Bestimmung entfalte in ..., einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von ca. 40 %, volle Wirkung. Es trifft zu, dass gemäss Art. 195 BV eine Verfassungsänderung an dem Tag in Kraft tritt, an dem sie von Volk und Ständen angenommen wird. Soweit Art. 75b BV und deren Übergangsbestimmung Art. 197 Ziff. 9 BV direkt Rechtswirkung entfalten vermögen, besteht demnach die Rechtsverbindlichkeit dieser Verfassungsbestimmungen seit dem Tage ihrer Annahme und unabhängig von ihrer Publikation in der Amtliche Sammlung des Bundesrechts (vgl. Art. 8 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt [PublG; SR 170.512]; vgl. auch den erläuternden Bericht des Bundesamtes für Raumentwicklung zur Verordnung über Zweitwohnung vom 17. August 2012, S. 2). Die Beschwerdeführer berufen sich nun auf Art. 75b BV und wollen – zumindest sinngemäss – aus der Geltung dieser Bestimmung seit ihrer Annahme durch das Volk und die Stände ableiten, dass schweizweit sämtliche nach dem

## **E. 11**

März 2012 überhaupt noch Baubewilligungen für Zweitwohnungen erteilt werden können, wenn der Gemeinde nur noch für kommende Jahre Kontingente zur Verfügung stehen. In Bezug auf diese – vorliegend nicht aufgeworfene – Frage, kann festgehalten werden, dass der Kanton gemäss einem vorläufigen Informationsblatt des Departementes für

Volkswirtschaft und Soziales Graubünden (DVS) vom 5. April 2012 zunächst den Standpunkt vertrat, dass Gemeinden mit zu beachtender Kontingentsregelung neue Baubewilligungen für Zweitwohnungen nur noch erteilen sollten, wenn für das Jahr 2012 noch verfügbare Kontingente für Zweitwohnungen bestehen. Baubewilligungen gestützt auf Kontingente, die erst für eine Jahresperiode nach 2012 verfügbar sind, sollten vermieden werden. Jedoch seien hinsichtlich jener Baugesuche, die vor dem 11. März 2012 bei einer Gemeinde eingereicht oder vorbesprochen wurden, pragmatische Lösungen anzustreben (vgl. act. 15 [S. 3]). Eine Rückfrage bei dem in dieser Frage kantonal zuständigen DVS hat gezeigt, dass diese anfängliche Auffassung durch die Entwicklung der Dinge in den Gemeinden überholt worden ist. Nach Auskunft des Departementes entspricht es heute in den Touristikgemeinden des Kantons und der auch vom Departement respektierten Wirklichkeit, dass im laufenden Jahr bei Kontingentspflicht noch Baubewilligungen für Zweitwohnungen erteilt werden, welche die Kontingente für die im jeweiligen Baugesetz vorgesehene Dauer

beanspruchen. Damit werde Rechtsgleichheit gegenüber jenen Gemeinden geschaffen, die bis anhin keine Kontingentspflicht kannten und die bis Ende 2012 Baubewilligungen für Zweitwohnungen erteilen können mit der späteren Möglichkeit, die Geltung der Baubewilligung auf Gesuch hin angemessen zu verlängern. Dieser Rechtswirklichkeit hat das Verwaltungsgericht bei der Prüfung der Frage, ob im laufenden Jahr auch noch Kontingente späterer Jahre berücksichtigt werden dürfen, Rechnung zu tragen. In Anbetracht dessen, stehen der Bewilligungserteilung kommunale Kontingentspflichten grundsätzlich nicht entgegen, wenn diese nicht in einem rechtsmissbräuchlichen Zusammenspiel von Bauherren und Gemeinden umgangen werden. 4. Ferner erweist sich die von den Beschwerdeführern geltend gemachte Rüge der Verletzung von Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BauG, d.h. die Rüge der Verletzung der kommunalen Bauvorschriften betreffend die Minimalbesonnung von Haupträumen eines Nachbargebäudes, als unbegründet. Vorliegend ist die Besonnung der Hälfte der Haupträume des Gebäudes der Beschwerdeführer während mindestens 120 Minuten pro Tag gewährleistet, was sowohl die Berichte der ... Ingenieure AG vom 14. Dezember 2011 und 20. Januar 2012 als auch die Berechnungen der ... Ingenieure AG vom 26. März 2012 bestätigen. In letztgenanntem Gutachten wird die nach der üblichen Berechnungsmethode errechnete Minimalbesonnung am kürzesten Tag des Jahres (21. Dezember) mit 135 Minuten angegeben, womit die von Art. 26 Abs. 1 BauG geforderte Minimalbesonnung von 120 Minuten deutlich überschritten wird. Die Beschwerdeführer machen hierzu geltend, dass die angewandte Berechnungsmethode nicht korrekt sei. Ein Hauptraum könne nicht bereits dann als besonnt gelten, wenn eines seiner Fenster teilweise besonnt werde. Vielmehr sei erforderlich, dass mindestens 50% der Fensterfläche oder sogar 50% der Hauptfassade besonnt werde. Unbestrittenermassen entspricht es der Praxis der Gemeinde, dass ein Hauptraum bereits dann als besonnt gilt, wenn Sonnenlicht in den Raum fällt. Diese Praxis, welche die Gemeinde auch in ihren Rechtsschriften verteidigt, steht nicht im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 26 BauG oder zu dessen Zweckbestimmung, weshalb für das Gericht auch

kein Anlass besteht, hier im Sinne der Vorschläge der Beschwerdeführer korrigierend einzugreifen. Dies gilt umso mehr als die Gemeinde im Bereich des kommunalen Baurechts zu autonomer Rechtssetzung befugt ist und entsprechend auch in der Anwendung dieses Rechts autonom ist. Der Gemeinde muss demzufolge das Recht zukommen, die von ihr

erlassenen Normen selbst auszulegen. Das Bundesgericht nimmt eine Verletzung der Gemeindeautonomie an, wenn die für die Kontrolle der Anwendung von Gemeinderecht zuständigen kantonalen Behörden dieses Recht willkürlich missachten (BGE 95 I 33, E. 2 ff.; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 1P.605/2000 vom 20. November 2000, in: ZBl 103 [2002] 198 ff., 199). So dürfen die kantonalen Behörden in einem Rechtsmittelverfahren nicht von einer vertretbaren Auslegung des kommunalen Rechts durch Gemeindebehörden abweichen (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, N 1399). 5. a) Die Grenzabstände zu Parzelle Nr. 4885 sind vorliegend entgegen der Meinung der Beschwerdeführer offensichtlich nicht verletzt, da es wegen der Einhaltung des Art. 26 BauG betreffend die Minimalbesonnung nur den reduzierten kleinen Grenzabstand von 4 Metern einzuhalten gilt (Art. 26 Abs. 4 lit. a i.V.m. Art. 93 BauG). b) Was den Grenz- und den Gebäudeabstand zu Parzelle Nr. 6169 betrifft, berufen sich die Beschwerdeführer auf das privatrechtlich vereinbarte gegenseitige Grenzbaurecht. Was die Parteien allerdings in einem Baurechtsvertrag zusätzlich bezüglich des Gebäudeabstandes vereinbart haben, ist für das Baubewilligungsverfahren nicht unmittelbar von Belang. Die Baubehörde kann sodann auch geringere Gebäudeabstände bewilligen, wenn keine öffentlichen Interessen entgegenstehen. Der in Art. 75 Abs. 2 KRG vom kantonalen Recht vorgesehene minimale Gebäudeabstand von 5 Metern ist hier mit 7.5 Metern klar eingehalten.

6. Schliesslich ist auch die in Art. 38 BauG statuierte Parkplatzpflicht vorliegend erfüllt. Die Beurteilung der Baubehörde, dass gemäss Art. 38 Abs. 2 BauG vorliegend nur acht gedeckte und zwei offene Parkplätze zu erstellen sind, ist den Angaben in den Baugesuchen zufolge und aus baupolizeilicher Sicht zutreffend. Zwar ist auf den ersten Seiten der Baugesuche zunächst von 4.5-Zimmer und 1.5-Zimmer-Wohnungen die Rede, jedoch kann aus den weiteren Baugesuchsunterlagen – insbesondere den Grundrissen der Wohnhäuser (vgl. die Beilagen der Beschwerdegegnerin 1 [act. 1 Beilage 10]) – ersehen werden, dass bei den grösseren Wohnungen nur zwei Schlafzimmer sowie eine Raumeinheit vorgesehen ist. Die abtrennbare Raumeinheit dient als Wohn- und Essbereich. Die baupolizeiliche Einschätzung, dass es sich bei den grösseren Wohnungen um höchstens 4-Zimmer-Wohnungen handelt und entsprechend für diese Wohneinheiten nur ein Parkplatz gebaut werden muss, ist nachvollziehbar und entsprechend zu schützen. Die total erforderlichen acht gedeckten und zwei offenen Parkplätze sind sodann im Projekt nachgewiesen. 7. Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass die Gemeinde die Baubewilligungen zu Recht erteilt hat. Die vorliegende Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten gehen bei diesem Ausgang des Verfahrens gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zulasten der Beschwerdeführer, welche zudem zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin 2 nach Art. 78 Abs. 1 VRG angemessen zu entschädigen haben. Die vom Vertreter der Beschwerdegegnerin 2 eingereichte Kostennote in der Höhe von Fr. 4'185.-- (inkl. MWST) erscheint dem Gericht angemessen. Bund, Kanton und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen wird gemäss Art. 78 Abs. 2 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, soweit darauf eingetreten werden kann. 2. Die Gerichtskosten, bestehend - aus einer Staatsgebühr von Fr. 4'000.-- - und den Kanzleiauslagen von Fr. 1'174.-- zusammen Fr. 5'174.-- gehen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zulasten der Beschwerdeführer und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen. 3. Die Beschwerdeführer entschädigen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ... ausseramtlich mit Fr. 4'185.-- (inkl. MWST). Die an das Bundesgericht erhobene Beschwerde wurde mit Entscheid vom 22. Mai 2013 gutgeheissen (1C\_614/2012).

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