

GR_GERICHTE R 2013 53 vom 15. Januar 2014

GR Gerichte, 2014-01-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2013_53

FR: GR_GERICHTE R 2013 53 du 15 janvier 2014

IT: GR_GERICHTE R 2013 53 del 15 gennaio 2014

Regeste

Baugesuch | Baurecht

Erwägungen

E. 5

Kammer bestehend aus Verwaltungsrichter Audétat als Vorsitzender, Verwaltungsrichterin Moser und Verwaltungsrichter Stecher, Aktuarin ad hoc Calu- ori URTEIL vom 15. Januar 2014 in der verwaltungsrechtlichen Streitsache A._____, vertreten durch die Rechtsanwälte lic. iur. Luzi Bardill und lic. iur. Claudio Allenspach, Beschwerdeführerin gegen Gemeinde X._____, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Duri Pally, Beschwerdegegnerin betreffend Baugesuch

- 2 - 1. Die Stimmberechtigten der Gemeinde X._____ beschlossen am 30. November 2008 das Gesetz über die Kontingentierung von Zweitwohnungen (GKZW), um den Bau von Zweitwohnungen mit jährlichen Kontingenten zu beschränken. Das Gesetz sah nach einer Übergangsfrist mit höheren Kontingenten ab 2012 einen jährlichen Kontingentwert von 3'000 m² Bruttowohnfläche vor. Der Regierungsrat des Kantons Graubünden genehmigte das Gesetz am 21. Dezember 2010 unter anderem mit der Auflage, dass die Gemeinde ab dem 1. Juli 2013 einen tieferen jährlichen Kontingentwert festlege, der im Bereich von 2'000 m² bis 2'300 m² Bruttowohnfläche liege und die Gemeinde für die Zeit ab dem 1. Juli 2013 bis zur entsprechenden Gesetzesänderung keine weiteren Kontingente zuweisen dürfe. Gegen diesen Genehmigungsentscheid reichte die Gemeinde am 27. Januar 2011 ein Wiedererwägungsgesuch ein und verlangte weiterhin einen jährlichen Kontingentwert von 3'000 m² Bruttowohnfläche. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Gemeinde bereits Kontingente aus dem Jahr 2015 zugewiesen und die Baufreigaben verfügt. Nach Mitteilung des Regierungsratsbeschlusses bewilligte die Gemeinde weitere Baubewilligungsgesuche, allerdings versehen mit dem Vorbehalt, dass noch keine Kontingente zugewiesen würden bzw. dass über die Zuweisung der Kontingente und die Baufreigabe erst nach Inkrafttreten des Gesetzes über die Kontingentierung von Zweitwohnungen entschieden werde. 2. Am 29. Februar 2012 reichte die A._____ bei der Gemeinde X._____ ein Baubewilligungsgesuch für den Abbruch eines bestehenden Gebäudes und den Neubau von 16 Zweitwohnungen in zwei neuen Mehrfamilienhäusern mit einer Bruttowohnfläche von insgesamt über 2'500 m² ein. 3. Das Baugesuch wurde am 9. März 2012 ordnungsgemäss publiziert und öffentlich aufgelegt. Die Einsprachefrist dauerte bis zum 29. März 2012. Innert Frist gingen fünf Einsprachen ein. Die Bauherrschaft konnte sich

- 3 - im April 2012 mit allen Einsprechern auf gewisse Abänderungen des Bauprojekts gegen vorbehaltlosen Rückzug der Einsprachen einigen. 4. Am 11. März 2012 haben Volk

und Stände die Zweitwohnungsinitiative mit folgendem Inhalt angenommen: Art. 75b
Zweitwohnungen 1 Der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der
Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde
ist auf höchstens 20 Prozent beschränkt. 2 Das Gesetz verpflichtet die Gemeinden, ihren
Erstwohnungsanteilplan und den detaillierten Stand seines Vollzugs alljährlich zu
veröffentlichen. Art. 197 Ziff. 9

E. 9

Gegen diesen Baubescheid erhob die A._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 18.
Januar 2013 Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Sie verlangte die Aufhebung des
angefochtenen Entscheids und die rückwirkende Erteilung der beantragten Baubewilligung,
spätestens mit Wirkung ab dem 18. Dezember 2012; eventualiter beantragte sie die Er-

- 6 - teilung der Baubewilligung mit Wirkung ab Datum des Entscheids des
Verwaltungsgerichts; subeventualiter verlangte sie – für den Fall, dass die Baubewilligung
nicht rückwirkend erteilt werden könne und eine Erteilung der Baubewilligung ab 1. Januar
2013 aufgrund der Annahme der Zweitwohnungsinitiative nicht mehr möglich sein sollte
– die Feststellung, dass die Gemeinde die Baubewilligung zu Unrecht verweigert habe; dies
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz. Zur Begründung
führte die Beschwerdeführerin aus, dass Zweitwohnungen noch bis am 31. Dezember 2012
bewilligungsfähig gewesen seien, weil die Nichtigkeitsfolge gemäss Art. 197 Ziff. 9 BV
erst ab dem 1. Januar 2013 eingetreten sei. Das Gleiche ergäbe sich aus der
Zweitwohnungsverordnung, die erst auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten sei. Die
Baubewilligung habe dabei unabhängig davon erteilt werden können, ob dem Bundesrecht
im Bereich des Zweitwohnungsbaus ausschliessliche Geltung zukomme und bestehende
kantonale und kommunale Vorschriften mit dessen Inkrafttreten am 11. März 2012
vollständig ersetzt wurden, oder ob solche Vorschriften weiterhin anwendbar geblieben
seien. Denn auch bei Anwendung des kommunalen Kontingentierungsgesetzes wäre das
Bauvorhaben noch bis am 31. Dezember 2012 bewilligungsfähig gewesen, die Gemeinde
habe nämlich den Vorbehalt in Ziff. 2 Abs. 2 des regierungsrätlichen
Genehmigungsentscheids falsch verstanden. Die Beschwerdeführerin verlangte sodann
sämtliche Akten des Verfahrens aus Händen der Gemeinde und reichte ihrerseits am 21.
Januar 2013 in Ergänzung der Beschwerdeschrift die Baugesuchsakten im Original ein.

E. 10

Die Gemeinde X._____ (nachfolgend Beschwerdegegnerin) verlangte in ihrer
Vernehmlassung von 4. Februar 2013 die Abweisung der Beschwerde unter gesetzlicher
Kostenfolge. Als Beilage reichte sie alle Akten des Baubewilligungsverfahrens ein.

- 7 -

E. 11

Am 15. März 2013 ging eine freigestellte Replik ein. Die Beschwerdeführerin hielt darin
an ihren Anträgen fest und beantragte, es sei bei der Regierung des Kantons Graubünden
ein Amtsbericht über die Auslegung des Vorbehalts in Ziff. 2 des regierungsrätlichen
Genehmigungsentscheids vom 19. Juni 2012 einzuholen. Am 28. März 2013 reichte die
Beschwerdegegnerin eine Duplik ein. Sie hielt ebenfalls an ihren Anträgen fest.

E. 12

Aufgrund der am 22. Mai 2013 ergangenen Urteile des Bundesgerichts zur Zweitwohnungsproblematik forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerin auf, sich dazu zu äussern, wie das Verfahren angesichts der erwähnten Bundesgerichtsentscheide weitergeführt werden sollte. Mit Stellungnahme vom 20. August 2013 hielt die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde fest, zumal subeventualiter auch ein Feststellungsbegehren zu beurteilen sei. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Anfechtungsobjekt in vorliegender Angelegenheit bildet der Baubescheid des Gemeindevorstandes vom 18. Dezember 2012, mitgeteilt am 19. Dezember 2012. Entscheide von Gemeinden können nach Art. 49 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden, soweit diese nicht bei einer anderen Instanz angefochten werden können oder nach kantonalem oder eidgenössischem Recht endgültig sind, auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten. 2. a) Am 11. März 2012 wurde die Zweitwohnungsinitiative angenommen. Nach Art. 75b BV ist der Bau von Zweitwohnungen in Gemeinden mit ei-

- 8 - nem Zweitwohnungsanteil von über 20 % verboten. Mit Annahme der Zweitwohnungsinitiative wurde mit Art. 197 Ziff. 9 BV auch eine Übergangsbestimmung angenommen, wonach Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, nichtig sind. Am 1. Januar 2013 wurde die Verordnung über Zweitwohnungen (ZwVO; SR 702) in Kraft gesetzt. Nach Art. 8 Abs. 2 ZwVO sind Baubewilligungen für den Bau von Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und der Ablösung der Verordnung durch die ordentliche Ausführungsgesetzgebung erteilt werden, nichtig, es sei denn, das Bauvorhaben sei nach ZwVO ausnahmsweise zulässig. b) Unbestritten ist vorliegend, dass in der beklagten Gemeinde der Zweitwohnungsanteil von 20 % überschritten wird. Nicht bestritten ist sodann auch, dass das im Streit liegende Bauvorhaben keinen Ausnahmetatbestand der ZwVO erfüllt und damit heute gestützt auf Bundesrecht grundsätzlich nicht mehr bewilligungsfähig ist, weil es der Nichtigkeitsfolge unterliegt. Die Beschwerdeführerin macht aber geltend, die Baubewilligung für den Bau von 16 Zweitwohnungen sei ihr am 18. Dezember 2012 zu Unrecht verweigert worden. Die Nichterteilung der Baubewilligung laufe dem normalen Rechtsempfinden und Gerechtigkeitsgedanken in stossender Weise zuwider. Deshalb sei der Baubescheid vom 18. Dezember 2012 aufzuheben und die Baubewilligung rückwirkend, spätestens mit Wirkung ab dem 18. Dezember 2012 zu erteilen. Eventualiter sei die beantragte Baubewilligung mit Wirkung ab Datum des verwaltungsgerichtlichen Entscheids zu erteilen. c) Wie die Beschwerdegegnerin richtigerweise ausführt, kann eine Verfügung ausnahmsweise mit rückwirkender Geltung erlassen werden, d.h. deren Rechtswirkung gilt bereits für einen Zeitraum vor Erlass der Verfü-

- 9 - gung. Von der Rückwirkung betroffen sind aber nur konkrete, in der Verfügung definierte Rechtswirkungen, nicht aber das Verfügungsdatum selbst. Als Tag der Baubewilligungserteilung würde bei einem solchen Vorgehen – sofern es im vorliegenden Fall überhaupt zulässig wäre – damit trotzdem das Datum am Tag des Entscheids gelten. Die Verfügung wäre dadurch weiterhin von der Nichtigkeitsfolge betroffen, was die Beschwerdeführerin mit diesem Antrag offenbar gerade zu vermeiden versuchte. d) Das Gleiche gilt für den Antrag, die Baubewilligung sei mit Wirkung ab Datum des Entscheids des Verwaltungsgerichts zu erteilen. Eine Erteilung der Baubewilligung ab Datum des

verwaltungsgerichtlichen Entscheids wäre nicht nur klar verfassungswidrig, sondern auch von der Nichtigkeitsfolge nach Art. 197 Ziff. 9 BV betroffen; die Beschwerdeführerin führt dies denn auch selber aus. Ein Vorgehen wie von der Beschwerdeführerin begehrt, rechtfertigt sich im Übrigen auch nicht aufgrund einer von dieser geltend gemachten Verletzung des Willkürverbots, weil sich die Beschwerdegegnerin weder willkürlich noch – wie zu zeigen sein wird – rechtswidrig verhalten hat. Die Baubewilligung kann damit weder rückwirkend, noch ab dem Datum des Entscheids des Verwaltungsgerichts erteilt werden.

3. a) Damit bleibt im vorliegenden Verfahren das Subeventualbegehren zu prüfen, wonach festzustellen sei, dass die Beschwerdegegnerin die Baubewilligung für den Abriss eines Gebäudes und den Neubau von 16 Zweitwohnungen zu Unrecht verweigert habe.

Rechtsbegehren sind nur zulässig, soweit an ihnen ein schutzwürdiges Interesse, das rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann, besteht. Das gilt auch für Feststellungsbegehren (vgl. WEBER-DÜRLER BEATRICE, Kommentar VwVG,

- 10 - Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 Rz. 10 f.). Nach der verwaltungsgerichtlichen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung fehlt es an einem unmittelbaren und schutzwürdigen Interesse am Erlass eines Feststellungsentscheids namentlich dann, wenn das Rechtsschutzinteresse durch ein rechtsgestaltendes Urteil gewahrt werden kann (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 11 22 E.2; BGE 136 I 87 nicht publ. E.1; 136 II 281 nicht publ. E.1.2; vgl. auch PVG 1972 Nr. 96). Wie gesehen, kann das Bauvorhaben seit dem 1. Januar 2013 nicht mehr bewilligt werden, weil es von der Nichtigkeitsfolgen im Sinne von Art. 197 Ziff. 9 BV betroffen wäre. Die Frage, ob die Baubewilligung zu Unrecht nicht erteilt wurde, stellt zudem die Grundlage für allfällige haftpflichtrechtliche Forderungen dar. Das Feststellungsinteresse ist damit vorliegend zu bejahen. b) Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass mit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative am 11. März 2012 die bestehenden kommunalen und kantonalen Vorschriften vollständig ersetzt worden seien. Zweitwohnungen, die gemäss Bundesrecht zulässig sind bzw. waren, hätten damit unabhängig von bestehenden kantonalen oder kommunalen Kontingierungsregelungen realisiert werden können. Dafür spreche auch das Rechtsgleichheitsgebot. Deshalb sei bei der Beurteilung des strittigen Baugesuchs das kommunale Gesetz über die Kontingierung von Zweitwohnungen (GKZW; Nr. 702) gar nicht mehr anwendbar gewesen. Das Bundesverfassungsrecht habe die Bewilligung von Zweitwohnungen noch bis zum 31. Dezember 2012 zugelassen. Dies ergebe sich zwingend aus dem Umkehrschluss von Art. 197 Ziff. 9 BV, wonach die Nichtigkeitsfolge erst ab dem 1. Januar 2013 eintrete, sowie aus Art. 8 Abs. 2 ZwVO, welcher diese Regelung wiederhole. Damit hätte die Beschwerdegegnerin das am 29. Februar 2012 eingereichte Baubewilligungsgesuch im Jahr 2012 noch bewilligen müssen.

- 11 - Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, dass selbst wenn kantonales und kommunales Recht nach Annahme der Zweitwohnungsinitiative noch anwendbar geblieben und eine Kontingierung entsprechend dem kommunalen GKZW erforderlich gewesen wäre, hätte die Gemeinde die Baubewilligung erteilen müssen. Der von der Regierung im Genehmigungsentscheid vom 19. Juni 2012 angebrachte Vorbehalt zum GKZW widerspreche der Realisierung des vorliegenden Projekts nämlich nicht; die Gemeinde habe den Genehmigungsentscheid der Regierung falsch interpretiert. Sinn des Vorbehalts habe nicht sein können, die Bewilligung von Zweitwohnungen bereits ab dem 11. März 2012 zu verbieten. Ein solches Verständnis würde auch gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstossen. c) Dem entgegnet die Beschwerdegegnerin, dass die Regierung zwar der Ansicht

gewesen sei, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen gestützt auf das bisherige Recht noch bis zum 31. Dezember 2012 erteilt werden dürften, sie habe diesen Grundsatz für Gemeinden mit Kontingenzregelungen aber insofern eingeschränkt, als dass dies nur möglich sei, falls für die entsprechenden Bauprojekte noch genügend Kontingente aus dem Jahr 2012 vorhanden seien. Entsprechend habe diese präzisiert, dass Baubewilligungen für Bauprojekte mit Baufreigabe nach 2012 tunclichst zu vermeiden seien. Weil die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Genehmigungsentscheids bereits Kontingente weit über das Jahr 2012 hinaus erteilt hatte, seien die Regierung und die Beschwerdeführerin übereingekommen, dass für die auf dem Gemeindegebiet bis zum 11. März 2012 bereits bewilligten Bauprojekte (welche Kontingente bis ins Jahr 2019 belegten) aufgrund des überwiegenden Vertrauensschutzes noch Kontingente zugewiesen werden dürften. Für die bis zum 11. März 2012 noch nicht bewilligten Bauprojekte sei hingegen die Durch-

- 12 -

setzung des neuen Art. 75b BV überwiegend, weshalb diesen Bauprojekten keine Kontingente mehr zugewiesen werden können, es sei denn, die Bauprojekte seien ausnahmsweise mit den materiellen Ausführungsbestimmungen zu Art. 75b BV vereinbar. Diese Vereinbarung wurde im Genehmigungsbeschluss der Regierung vom 19. Juni 2012 zum kommunalen GKZW in Ziff. 2 des Dispositivs entsprechend als Vorbehalt festgehalten. Weil das strittige Bauvorhaben am 11. März 2012 noch nicht bewilligt gewesen sei, hätte nach Ziff. 2 Abs. 1 des Genehmigungsentscheids kein Kontingent mehr zugewiesen werden können. Eine Kontingenzzuweisung gestützt auf Ziff. 2 Abs. 2 des Genehmigungsentscheids sei ebenfalls nicht möglich gewesen, weil das Vorhaben nicht mit dem materiellen Inhalt der am 22. August 2012 erlassenen ZwVO vereinbar gewesen sei. Das Baubewilligungsgesuch sei deshalb zu Recht abgewiesen worden. Das gleiche Schicksal wäre dem strittigen Baugesuch sodann gestützt auf die am 25. Oktober 2012 erlassene Planungszone beschieden gewesen. 4. a) Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an. Die Parteien haben nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Anspruch darauf, zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen besonders angehört zu werden. In Ausnahme zu diesem Grundsatz ist den Parteien jedoch dann Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn beabsichtigt ist, den Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde und mit deren Erheblichkeit im konkreten Fall auch nicht gerechnet werden konnte (BGer 1C_584/2012 vom 4. Juli 2013 E.4.1). Nach Abschluss des Schriftenwechsels entschied das Bundesgericht in mehreren Leitentscheiden wesentliche Fragen betreffend den neuen Verfassungsartikel über Zweitwohnungen, Art. 75b BV, mithin auch betreffend

- 13 -

die unmittelbare Anwendbarkeit und die übergangsrechtliche Situation. Die Parteien äusserten sich im Schriftenwechsel bereits zu dieser verfassungsrechtlichen Grundlage, allerdings war bis zu diesem Zeitpunkt die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b BV umstritten und die übergangsrechtliche Situation ungeklärt. Mit Schreiben vom 2. Juli 2013 forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerin auf, sich angesichts der erwähnten Leitentscheide zum vorliegenden Verfahren zu äussern. Mit Schreiben vom 20. August 2013 erklärte die Beschwerdeführerin in Kenntnis der neuen Rechtsprechung an ihren Anträgen umfassend festzuhalten. Damit wurde der (anwaltlich vertretenen) Partei das rechtliche Gehör ausreichend gewährt. b) Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Kernbereich von Art. 75b BV – ein Bauverbot für klassische Zweitwohnungen – seit Annahme des Verfassungsartikels am 11. März 2012 unmittelbar anwendbar (BGE 139 II

243 E.10, 11). Zwar tritt die Nichtigkeitsfolge nach Art. 197 Ziff. 9 BV erst für Baubewilligungen ab dem 1. Januar 2013 ein, Baubewilligungen, die zwischen dem 11. März 2012 und dem 31. Dezember 2012 erteilt wurden, gelten aber als anfechtbar. Das bedeutet – anders als die Beschwerdeführerin geltend macht – nicht, dass Baugesuch für Zweitwohnungen, gegen die keine Einsprachen vorlagen oder die nicht angefochten wurden, zwischen dem 11. März 2012 und dem 31. Dezember 2012 rechtmässig erteilt werden konnten, sondern dass seit dem 11. März 2012 erteilte Baubewilligungen für Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % rechtswidrig sind. Ob gegen eine solche Baubewilligung Einsprache erhoben bzw. das Bauvorhaben angefochten wurde, spielt zwar hinsichtlich des Bestands der Baubewilligung, nicht aber hinsichtlich ihrer Rechtmässigkeit eine Rolle. Massgebend für das anwendbare Recht ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dabei nicht der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, sondern der

- 14 - Zeitpunkt der Erteilung einer Baubewilligung; eine Abweichung von diesem Grundsatz rechtfertigt sich im Einzelfall nur aus Gründen des Vertrauensschutzes oder der Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung (BGE 139 II 243 E.6–8). Beide Gründe vermögen vorliegend keine Abweichung von diesem Grundsatz zu rechtfertigen. Im vorliegenden Fall wäre es nämlich zeitlich gar nicht mehr möglich gewesen, vor dem 11. März 2012 das am 29. Februar 2012 eingereichte Baugesuch zu prüfen, ordnungsgemäss zu publizieren und öffentlich aufzulegen, die 20-tägige Einsprachefrist abzuwarten um dann über das Gesuch zu entscheiden. Weil das vorliegende Baugesuch den Neubau von 16 klassischen und unbewirtschafteten Zweitwohnungen in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % vorsah, wäre die Erteilung einer Baubewilligung nach dem 11. März 2012 demnach bereits von Verfassung wegen rechtswidrig gewesen. Die Baubewilligung wurde damit im Ergebnis zu Recht verweigert. 5. a) Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Frage, ob das kommunale GKZW parallel zur bundesrechtlichen Regelung über Zweitwohnungen anwendbar geblieben ist (vgl. zum Verhältnis von kommunalem Recht und Art. 75b BV, BGer 1C_584/2012 vom 4. Juli 2013 E.8.2) und ob eine Kontingentierung gemäss kommunalem GKZW im vorliegenden Fall noch möglich gewesen wäre. Dennoch soll kurz auf die Vorbringen der Parteien eingegangen werden, weil sowohl die Parteien, als auch die Regierung des Kantons Graubünden vor Erlass der bundesgerichtlichen Leitscheidung im Mai 2012 davon ausgegangen waren, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen grundsätzlich noch bis zum 31. Dezember 2012 gestützt auf das bisherige Recht erteilt werden dürften. Entsprechend verweigerte die Beschwerdegegnerin die Baubewilligung denn auch mit der Begründung, dem strittigen Bauprojekt könne kein Zweitwohnungskontingent im Sinne der GKZW mehr zugewiesen werden.

- 15 - b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe den Genehmigungsvorbehalt in Ziff. 2 falsch interpretiert. Die Regierung habe einzig beschlossen, dass die Jahreskontingentwerte ‚vorläufig‘ ausschliesslich für die Kontingentierung von am 11. März 2012 bereits erteilten Baubewilligungen verwendet werden dürften. Sofern und soweit die eidgenössische Ausführungsgesetzgebung zu Art. 75b BV Zweitwohnungen im Sinne des vorliegenden kommunalen GKZW dereinst zulassen sollte, dürften aber die besagten Jahreskontingente für die bis zum 11. März 2012 erstinstanzlich noch nicht bewilligten Baugesuche verwendet werden. Die ZwVO sei erst am 1. Januar 2013 in Kraft getreten, demnach hätte die Gemeinde die beantragte Baubewilligung vor dem 31. Dezember 2012 noch erteilen und einer Kontingentierung

zuweisen müssen. c) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Für das Gericht ergibt sich aus Ziff. 2 Abs. 2 des Genehmigungsentscheids klar, dass der Vorbehalt darauf gerichtet war, dass Zweitwohnungskontingente nur noch ausnahmsweise an Baugesuche, welche am 11. März 2012 noch nicht erstinstanzlich bewilligt waren, zugewiesen werden dürfen, und zwar nur dann, wenn sie mit den materiellen Bestimmungen der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 75b BV vereinbar sind. So heisst es denn wörtlich: „sofern und soweit die eidgenössische Ausführungsgesetzgebung zu Art. 75b BV Zweitwohnungen im Sinne des kommunalen GKZW dereinst zulassen sollte.“ Dieses Verständnis von Ziff. 2 des Genehmigungsentscheids wird auch durch die von der Beschwerdegegnerin wiedergegebene frühere Version des Vorbehalts gestützt, wonach nur noch bis am 11. März 2012 erteilte Baubewilligung einer Kontingentierung zugänglich gewesen wären. Die Beschwerdegegnerin macht glaubhaft, dass erst auf ihren Einwand hin, gewisse Zweitwohnungen könnten unter Anwendung der Ausführungsgesetzgebung des Bundes weiterhin bewilligungsfähig

- 16 - bleiben, weshalb diese einer Kontingentierung zugänglich bleiben müssten, mit Ziff. 2 Abs. 2 des Genehmigungsentscheids eine Differenzierung für diese Fälle vorgenommen wurde. Diese Regelung ist im Übrigen auch gerechtfertigt, weil die beklagte Gemeinde im Zeitpunkt des Genehmigungsbeschlusses bereits Kontingente aus dem Jahr 2015 definitiv zugewiesen und entsprechende Baufreigaben verfügt hatte, sowie Baubewilligungen erteilt hatte, die Kontingente bis ins Jahr 2019 beanspruchten. In diesem Sinne stellt der Vorbehalt auch keine Schlechterstellung gegenüber anderen Gemeinden dar, denn in anderen Gemeinden mit Kontingentregelungen durften aufgrund der anwendbaren kommunalen Bestimmungen Kontingentszuweisungen in der Regel nur bis maximal drei bis vier Jahre im Voraus erfolgen. Insofern erscheint die von der Regierung in Absprache mit der Gemeinde erteilte Genehmigung mit dem differenzierten Vorbehalt in Ziff. 2, der zwischen Baubewilligungen unterscheidet, die am 11. März 2012 bereits erteilt waren und solchen, die es noch nicht waren, sachlich gerechtfertigt und verhältnismässig. Die Bedeutung von Ziff. 2 des regierungsrätlichen Genehmigungsentscheids erscheint damit hinreichend klar, verständlich und nachvollziehbar; das Einholen eines Amtsberichts erübrigt sich somit. d) Gestützt auf Ziff. 2 Abs. 1 des Genehmigungsentscheids konnte dem Bauvorhaben unbestritten kein Kontingent zugewiesen werden, weil es bis am 11. März 2012 noch nicht bewilligt war. Bauvorhaben für Zweitwohnungen, die bis zum 11. März 2012 noch nicht bewilligt waren, können nach Ziff. 2 Abs. 2 des Genehmigungsentscheids grundsätzlich keiner Kontingentierung mehr zugewiesen werden, es sei denn das Ausführungsrecht zu Art. 75b BV lasse das Bauvorhaben im Einzelfall zu. Art. 75b BV verbietet den Bau von Zweitwohnungen grundsätzlich, die ZwVO präzisiert und formuliert hiervon gewisse Ausnahmen für besondere Zweitwohnungen. Fällt ein Projekt unter eine Ausnahme, wäre es dem-

- 17 - nach weiterhin einer Kontingentierung nach GKZW zugänglich. Seit dem 22. August 2012 war klar, worin diese Ausnahmen bestanden, das heisst, welche Zweitwohnungen noch bewilligt werden durften. Am 18. Dezember 2012 konnte die Beschwerdegegnerin deshalb ohne Weiteres feststellen, dass das eingereichte Baubewilligungsgesuch keine der zulässigen Tatbestände erfüllt, eine Kontingentszuweisung nach Ziff. 2 Abs. 2 des Genehmigungsentscheids deshalb entsprechend nicht mehr möglich sein wird. Insgesamt hätte also die Gemeinde eine Kontingentszuweisung im vorliegenden Fall weder auf Ziff. 2 Abs. 1 noch auf Ziff. 2 Abs. 2 des Genehmigungsentscheids stützen können. Die Gemeinde hat

damit die Regeln über die Kontingenzzuteilung korrekt angewendet. e) Der Genehmigungsvorbehalt äussert sich indes nur zur Kontingenzzuweisung als Voraussetzung der Baufreigabe. Die Baufreigabe der beanspruchten Kontingente erfolgt nach Art. 11 Abs. 4 GKZW entweder im Rahmen der Baubewilligung oder in einer separaten anfechtbaren Verfügung. Wenn die Gemeinde also in ihren Baubescheid vom 18. Dezember 2012 festhält, dass das Baugesuch abgewiesen wird, weil eine Kontingenzzuweisung und damit eine Baufreigabe nicht möglich sei, handelt sie im Ergebnis zwar richtig, allerdings hätten die beiden Fragen nach der Erteilung einer Baubewilligung und jener nach der Baufreigabe aber eine getrennte Beantwortung erwarten lassen. Wie gesehen, hätte aufgrund von Art. 75b BV auch die Baubewilligung nicht mehr erteilt werden können. 6. Somit erübrigt es sich, der Frage nachzugehen, welche Bedeutung die am 25. Oktober 2012 im Sinne von Art. 21 des Raumplanungsgesetzes für den Kanton Graubünden (KRG; BR 801.100) erlassene Planungszone für das vorliegende Bauvorhaben hatte.

- 18 - 7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.-- gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG zulasten der Beschwerdeführerin. 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. Es besteht vorliegend kein Anlass, davon abzuweichen. Demnach erkennt das Gericht:

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