

# GR\_GERICHTE R 2013 8 vom 26. November 2013

GR Gerichte, 2013-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2013\\_8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2013_8)

FR: GR\_GERICHTE R 2013 8 du 26 novembre 2013

IT: GR\_GERICHTE R 2013 8 del 26 novembre 2013

## Regeste

Baueinsprache | Baurecht

## Erwägungen

### E. 5

Am 29. Januar 2013 beantragte auch die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Mit Bezug auf den gerügten Verstoss gegen Art. 75b BV führte sie aus, dass gestützt auf die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden bis Ende 2012 in der Gemeinde O.\_\_\_\_\_ noch Baubewilligungen für Zweitwohnungen erteilt werden dürften, die vorliegende Baubewilligung deshalb ohne Verletzung von Art. 75b BV habe erteilt werden können. Zudem werde nach Art. 6 Abs. 1 ZwVO vom 22. August 2012 verlangt, dass Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % Bewilligungen für den Bau von Erstwohnungen ab dem 1. Januar 2013 mit einer Auflage versehen müssten, wonach die Bauherrschaft verpflichtet werde, Wohnungen als Erstwohnungen zu nutzen. Somit könnten ab dem 1. Januar 2013 Baubewilligungen nicht grundsätzlich verweigert werden, seien aber mit der Auflage zu versehen, dass die Wohnungen als Erstwohnungen zu nutzen seien. Diese Regelung sei aber 2012 noch nicht in Kraft gewesen und somit auch nicht für die vorliegende Bewilligung anwendbar.

### E. 6

In ihrer Replik vom 25. Februar 2013 hielten die Beschwerdeführer an ihren Anträgen fest. Betreffend Zweitwohnungsproblematik äusserten sie die Auffassung, dass in dieser Angelegenheit ein höchstrichterlicher Entscheid in der Sache abgewartet werden müsste. Die gegnerischen Ausführungen betreffend Geltung der Beschränkung zur Erstellung von Zweitwohnungen seien zwar korrekt, soweit sie sich auf Baubewilligungen bezögen, die 2012 rechtskräftig geworden seien. Diese seien hier aber ohne Belang, da die umstrittene Baubewilligung nicht rechtskräftig geworden sei. Das vorliegende Baugesuch sei im Rahmen des verwaltungsge-

- 4 - richtlichen Beschwerdeverfahrens unter Einhaltung des neuen Rechts, namentlich der ZwVO, zu beurteilen.

### E. 7

Am 12. April 2013 duplizierten die Beschwerdegegner und verzichteten bezüglich Zweitwohnungsproblematik auf weitere Ausführungen. Mit der Gemeinde sei festzuhalten, dass zum Zeitpunkt, als die Baubewilligung erteilt worden sei, die Bestimmungen, welche die Erteilung einer Baubewilligung für Zweitwohnungen ausschliessen, noch nicht in Kraft gewesen seien.

### E. 8

Am 2. Juli 2013 schrieb der Instruktionsrichter dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegner Folgendes: "Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Am 22. Mai 2013 hat das Bundesgericht mit den Urteilen 1C\_614/2012, 1C\_646/2012, 1C\_649/2012 sowie 1C\_650/2012 Fragen im Zusammen- hang mit dem Zweitwohnungsbau beurteilt und ist unter anderem zum Schluss gekommen, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 %, die nach dem

## **E. 11**

März 2012 und vor dem 1. Januar 2013 erteilt wurden, anfechtbar seien und Art. 75b der Schweizerischen Bundesverfassung (BV; SR 101) verletzt. Weiter hat es die Legitimation des Vereins Helvetia Nostra zur Anfechtung der streitigen Baubewilligungen nach Art. 12 des Bundesge- setzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) als gegeben betrachtet. In der Beilage finden Sie anonymisierte Kopien der betreffen- den Bundesgerichtsurteile. Sie werden hiermit aufgefordert, dem Gericht bis zum 12. Juli 2013 mit- zuteilen, wie das vorliegende Verfahren angesichts der vorerwähnten Bundesgerichtsurteile weitergeführt werden soll, d.h. ob Sie an Ihren im Verfahren gestellten Anträgen festhalten oder - in Kenntnis nun auch der

- 5 - Begründung der erwähnten Bundesgerichtsurteile - andere Anträge stel- len wollen. Zu diesen Anträgen resp. deren Begründung wird, falls es sich als notwendig erweist, den übrigen Parteien im Anschluss daran das rechtliche Gehör gewährt werden." 9. Innert erstreckter Frist teilten die Beschwerdegegner dem Gericht mit, sie reichten gestützt auf die Bundesgerichtsurteile betreffend die Zweitwoh- nungsproblematik folgende neuen Anträge ein: 1. Die Beschwerde sei insoweit gutzuheissen, als ein Verstoss gegen Art. 75b BV gerügt wird. 2. Im Übrigen sei die Beschwerde gemäss den Anträgen im Schriften- wechsel abzuweisen. 3. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge. Gestützt auf den neuen Antrag bezüglich die Gutheissung der Beschwer- de infolge Verstosses gegen Art. 75b BV stellten sie den Verfahrens- antrag, die Beschwerde sei nach der Beurteilung der übrigen Rügen der Be- schwerdeführer an die Gemeinde zur Festlegung der Pflicht der Nutzung der Wohnungen als Erstwohnungen im Sinne von Art. 6 in Verbindung mit Art. 4 lit. a ZwVO zurückzuweisen. Der Verstoss gegen Art. 75b BV führe nicht ohne Weiteres zur Aufhebung der Baubewilligung. Gemäss Art. 6 ZwVO habe die Bewilligungsbehörde und damit die Gemeinde die Pflicht, deren Nutzung zu bestimmen. Da die Gemeinde dies unterlassen habe, sei die Baubewilligung nicht aufzuheben, sondern der Gemeinde zur Er- gänzung zurückzuweisen. Die Bauherrschaft anerkenne die Pflicht zur Festlegung der Nutzung und erkläre sich mit einer entsprechenden Auf- lage einverstanden.

- 6 - 10. Am 6. September 2013 schrieben die Beschwerdeführer, es sei unstrittig, dass das vorliegende Projekt in einer Gemeinde realisiert werden solle, in der der 20 %-Zweitwohnungsanteil deutlich überschritten sei. Das Bun- desgericht habe in seinen Entscheiden vom 22. Mai 2013 ausdrücklich festgehalten, dass Baubewilligungen, die nach dem 11. März 2012 und vor dem 1. Januar 2013 erteilt worden seien, anfechtbar seien. Die Bau- bewilligung sei am 23. November 2012 erteilt worden und noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerdegegner hätten weder in ihrer Vernehmlassung noch in ihrer Duplik bestritten, dass es sich in der rubri- zierten Angelegenheit nicht (recte: „nicht“ wegzulassen) um ein Zweit- wohnungsprojekt handle. Vielmehr hätten sie am 2. September 2013 ein- gestanden, das umstrittene Projekt sei vor dem Hintergrund der neuesten Rechtsprechung zur Zweitwohnungsinitiative in dieser Form offensichtlich nicht bewilligungsfähig und beantragten dem Verwaltungsgericht deshalb, die Beschwerde

insoweit gutzuheissen, als ein Verstoß gegen Art. 75b BV gerügt werde. Indes versuchten sie, die Rechtsfolgen einer erfolgreichen Anfechtung zu umgehen, indem sie das Gericht ersuchten, das Bauprojekt zunächst auf die restlichen Rügen hin zu prüfen und sodann der Gemeinde zur Feststellung der Pflicht der Nutzung der Wohnungen als Erstwohnungen zurückzuweisen. Korrekterweise müsse hingegen als Folge der erfolgreichen Anfechtung der Baubewilligung die Beschwerde gutgeheissen und die Baubewilligung verweigert werden. Sie hielten an ihren Rechtsbegehren gemäss Beschwerde fest. Auf die weiteren Vorbringen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit für die Entscheidung von Bedeutung, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen noch näher eingetreten.

- 7 - Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Anfechtungsobjekt ist der Entscheid vom 19./23. November 2012 samt erteilter Baubewilligung für den Neubau einer Wohnbaute mit fünf Wohnungen auf Parzelle 110 in der Gemeinde N.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin) mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 %. Während die Beschwerdeführer aufgrund der dazu inzwischen ergangenen, einschlägigen Bundesgerichtsurteile 1C\_646/2012, 1C\_649/2012 sowie 1C\_650/2012 vom 22. Mai 2013 der Auffassung sind, dass das geplante Bauvorhaben wegen Bundesrechtswidrigkeit bzw. wegen Verstoßes gegen Art. 75b der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) in der beantragten Form und Ausgestaltung nicht (mehr) bewilligungsfähig sei, haben die Beschwerdegegner (Bauherrschaft) in ihrer Eingabe vom 2. September 2013 dazu die Anträge gestellt, dass die Beschwerde vom 3. Januar 2013 insoweit gutzuheissen sei, als ein Verstoß gegen Art. 75b BV gerügt werde (Ziff. 1: Somit Anerkennung dieses Einwands); im Übrigen sei die Beschwerde gemäss den Anträgen im Schriftwechsel abzuweisen (Ziff. 2: Somit noch Prüfung der übrigen Einwände sowie allenfalls Rückweisung der Sache an Gemeinde zur Ergänzung betreffend Festlegung der Wohnungsnutzungen). Strittig und zu klären ist damit hier, ob eine separate Beurteilung der in Ziff. 2 erwähnten Anträge bzw. übrigen Einwände – angesichts der von den Beschwerdegegnern selbst in Ziff. 1 anerkannten Bundesrechtswidrigkeit ihres Bauvorhabens mit Art. 75b BV – rechtlich überhaupt zulässig und faktisch auch sinnvoll wäre. 2. a) In den wegweisenden Bundesgerichtsurteilen vom 22. Mai 2013 (BGer 1C\_646/649/650/2012) wurde zur Interpretation und zum Geltungsbereich von Art. 75b BV definitiv und für alle Rechtsunterworfenen absolut verbindlich und damit zwingend – ohne Ermessens- oder Beurteilungsspiel-

- 8 - raum für die unteren Behörden oder Gerichtsinstanzen – entschieden, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 %, die nach dem 11. März 2012 und vor dem 1. Januar 2013 erteilt wurden, anfechtbar seien und Art. 75b BV verletzen (vgl. Schreiben des Instruktionsrichters vom 2. Juli 2013). b) Ausgangspunkt ist vorliegend das Schreiben der Beschwerdegegner vom 2. September 2013, worin diese selber beantragten, die Beschwerde sei insoweit gutzuheissen, als ein Verstoß gegen Art. 75b BV gerügt worden sei (Antrag Ziff. 1). Gestützt darauf beantragten sie – ihrer Meinung nach prozessualiter - die Beschwerde sei nach der Beurteilung der übrigen Rügen der Beschwerdeführer an die Gemeinde zur Festlegung der Pflicht der Nutzung der Wohnungen als Erstwohnungen zurückzuweisen (Antrag Ziff. 2). Nach Ansicht des Gerichts handelt es sich beim zweiten Antrag aber nicht lediglich um einen Verfahrensantrag, weil er sich gar nicht auf das vorliegende Verfahren bezieht, sondern um einen materiellen Antrag, der sich auf die durch die wegweisenden Urteile des Bundesgerichts vom 22. Mai 2013 (BGer 1C\_646/649/650/2012) geänderte Rechtslage

nach dem verwaltungsgerichtlichen Urteil R 12 77 vom 23. Oktober 2012 be- zieht. Die Beschwerdegegner sind der Meinung, dass der vom Bundesge- richt – in materiell gleichgelagerten Fällen - festgestellte Verstoss gegen Art. 75b BV nicht zwingend und automatisch zur Aufhebung der gesamten Baubewilligung vom 23. November 2012 führen müsse. Dies trifft wohl zu, indem es einer Bauherrschaft freisteht, ihr Baugesuch zur Erstellung von Zweitwohnungen pendente lite in ein Gesuch um die Erstellung von Erst- oder qualifiziert touristisch genutzten Zweitwohnungen umzuwandeln. In- dessen lassen die Beschwerdegegner dem Gericht mit ihrem Antrag Ziff. 1 im Schreiben vom 2. September 2013 gar keinen Spielraum mehr, eine solche Umwandlung im vorliegenden Verfahren zu ermöglichen. Ihr An- trag auf Gutheissung der Beschwerde insoweit, als ein Verstoss gegen

- 9 - Art. 75b BV gerügt worden sei, führt zwingend dazu, dass die angefoch- tene Baubewilligung und der angefochtene Einspracheentscheid aufzu- heben sind und damit dem Gericht auch kein weiterer Spielraum für die Prüfung anderer Rügen verbleibt. c) Auch der Rückweisungsantrag der Beschwerdegegner ist folglich abzu- weisen, denn eine Rückweisung einer vom Gericht nur teilweise beurteil- ten Streitangelegenheit kommt schon aus grundsätzlichen Überlegungen (Gefahr von Widersprüchen; fehlende Kohärenz bei Gesamtbetrachtung des Bauvorhabens; unerwünschte Präjudizwirkung für neues Baugesuch usw.) nicht in Frage und wäre daher wohl auch prozessökonomisch kaum sinnvoll. Der angefochtene Entscheid vom 19./23. November 2012 ist damit in Gutheissung der Beschwerde vom 3. Januar 2013 aufzuheben und die zugehörige Baubewilligung zu verweigern. 3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) vollumfänglich den Beschwerdegegnern auferlegt. Die Be- schwerdegegner haben zudem die anwaltlich vertretenen, obsiegenden Beschwerdeführer aussergerichtlich gestützt auf Art. 78 Abs. 1 VRG an- gemessen zu entschädigen. Es kann dabei auf die Honorarnote des An- walts der Beschwerdeführer vom 19. April 2013 abgestellt und diese un- verändert in der Höhe von Fr. 2'209.70 (zusammengesetzt aus: Arbeits- aufwand 8,4 Stunden à Fr. 240.-- pro Std. [Fr. 2016.--] plus Spesenpau- schale [Fr. 30.--] sowie [auf Fr. 2046.--] noch 8 % Mehrwertsteuer [Fr. 163.70]) übernommen werden. Auf eine finanzielle Belastung der Ge- meinde wird demgegenüber vorliegend (ausnahmsweise) verzichtet, da sie sich zunächst – gestützt auf die bis dahin geltende Praxis des Verwal- tungsgerichts in VGU R 12 77 – korrekt verhielt und sie danach infolge des ersten Antrags der Beschwerdegegner im Schreiben vom 2. Septem-

- 10 - ber 2013 keinen Einfluss mehr auf den weiteren Verfahrenslauf nehmen konnte. Demnach erkennt das Gericht:

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