

# **GR\_GERICHTE R 2014 93 vom 25. August 2015**

GR Gerichte, 2015-08-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2014\\_93](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2014_93)

FR: GR\_GERICHTE R 2014 93 du 25 août 2015

IT: GR\_GERICHTE R 2014 93 del 25 agosto 2015

## **Regeste**

Baubewilligung | Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 5**

Am 13. November 2012 verzichtete die Gemeinde X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegnerin 1) unter Verweis auf den Entscheid des Gemeinderats vom 3., mitgeteilt am 5. September 2012, auf eine Vernehmlassung und legte dem Schreiben die Vorakten bei.

### **E. 6**

Nachdem der Schriftenwechsel am 15. November 2012 provisorisch abgeschlossen wurde und die Beschwerdeführerin auf eine freigestellte "Replik" verzichtet hatte, forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdegegnerin 1 am 4. Dezember 2012 auf, dem Gericht die von der Baubehörde angewandten gesetzlichen und anderweitigen Grundlagen und die Vorgehensweise bei der Überprüfung der Einhaltung der Vorschriften über die Gebäudehöhe und die Grenzabstände des Neubaus auf Parzelle 130 bis am 14. Dezember 2012 nachvollziehbar darzulegen.

### **E. 7**

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2012 verdeutlichte die Beschwerdegegnerin 1 ihren Standpunkt betreffend Gebäudehöhe und Grenzabstände und hielt an ihrem Abweisungsantrag fest.

### **E. 8**

Am 14. Januar 2013 nahm die Beschwerdeführerin zum Schreiben der Beschwerdegegnerin 1 vom 17. Dezember 2012 wie folgt Stellung:

- 6 - • Die Eingabe sei verspätet, weswegen sie aus dem Recht zu weisen sei. • Die Ausführungen zur Gebäudehöhe seien grösstenteils nachvollziehbar. Unverständlich seien aber die Ausführungen der Beschwerdegegnerin 1 betreffend Abgrabungen bei den seitlichen Fassaden und deren Kompensation durch Aufschüttungen im Flächenausgleich, insbesondere deshalb, weil als Aufschüttung angeblich auch Gebäude im Grenzbaurecht gälten. • Ebenso könnten die Vorbringen der Gemeinde bezüglich der Grenzabstände zum grossen Teil nachvollzogen werden. Indessen sei die Beschwerdegegnerin 2 auf das Überspektive Grenzbaurecht zulasten von Parzelle 129 für die Erstellung des Erd- und Untergeschosses angewiesen. Danach dürften im ersten Untergeschoss nur Schutz-, Mehllager-, Lager- und Containerräume bzw. im Erdgeschoss nur eine Backstube und eine Garage mit Spedition errichtet werden. Gemäss den Plänen seien im Erdgeschoss neu die Garageneinfahrt, ein Autolift sowie ein Anlieferungsparkplatz geplant. Im Untergeschoss

sei eine grosse Einstellhalle mit mehreren Parkplätzen sowie Räumen für die Haustechnik und Keller vorgesehen. Diese Räumlichkeiten entsprächen nicht dem klar festgehaltenen Zweck der eingeräumten Dienstbarkeit. Das geplante Projekt verfüge somit nicht über die benötigten Näher- und Grenzbaurechte. Somit sei das Projekt nicht bewilligungsfähig.

#### **E. 9**

In ihrer Stellungnahme vom 17. Januar 2013 führte die Beschwerdegegnerin 2 was folgt aus: • Ziff. 1 und 2 des Dienstbarkeitsvertrags vom 7. Mai 1976 würden nur das Überbaurecht regeln. Die Regelung betreffe jene Flächen und Bauteile, welche die Confiserie C.\_\_\_\_\_ auf der Nachbarparzelle 129 erstellt habe und heute noch betreibe. Nur dafür gälten die Nutzungsbeschränkungen, nicht aber für jene Flächen und Gebäudeteile auf der eigenen Parzelle 130. Das Überbaurecht werde aber nicht mehr beansprucht, nur das Grenzbaurecht. Bereits heute bestehe auf Niveau Erdgeschoss eine Garage und die Spedition. Hier würden wiederum eine Garage, die Anlieferung und die Spedition angesiedelt, mit dem einzigen Unterschied, dass die Garage auch als Autolift zur Erschliessung des Untergeschosses diene. Gemäss Art. 48 Abs. 7 BG dürften unterirdische Bauten ohnehin an die Grenze gestellt werden.

- 7 -

#### **E. 10**

Am 24. Januar 2013 entschuldigte sich die Beschwerdegegnerin 1 für die verspätete Stellungnahme vom 17. Dezember 2012 und präziserte ihre dortigen Ausführungen.

#### **E. 11**

Mit Schreiben vom 2. Juli 2013 wurde die Beschwerdegegnerin 2 vom Instruktionsrichter aufgefordert, dem Gericht mitzuteilen, wie das vorliegende Verfahren angesichts der bundesgerichtlichen Leitentscheide bezüglich Zweitwohnungsbau vom 22. Mai 2013 weitergeführt werden solle.

#### **E. 12**

Am 5. Juli 2013 (Poststempel) schrieb die Beschwerdegegnerin 2, sie habe sich entschlossen, den Anteil an Zweitwohnungen so zu reduzieren, dass nur noch jene Flächen als Zweitwohnungen realisiert würden, welche durch den heutigen alten Bestand an Zweitwohnungen im bestehenden Haus C.\_\_\_\_\_ gesichert und garantiert seien. Die projektierten Zweitwohnungen würden Ersatz-Neubauten der bereits bestehenden Ferienwohnungen darstellen und es würden keine neuen Zweitwohnungen erstellt. Die geringfügige Änderung der Deklaration von Zweit- zu Erstwohnungen bedinge weder bauliche Projektänderungen noch Nutzungsänderungen. Projektanpassungen oder Korrekturen seien nicht nötig. Das Baugesuch und die entsprechenden Plangrundlagen würden unverändert bleiben. Das Baugesuch enthalte nun aber keine neuen Zweitwohnungen mehr und falle darum nicht unter Art. 75b BV. An den bisherigen Anträgen halte sie fest.

#### **E. 13**

Am 8. Juli 2013 forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdegegnerin 1 auf, das Gesuch um Projektänderung zu prüfen und dem Gericht bis am 31. Juli 2013 begründet mitzuteilen, ob die Projektänderung aus ihrer Sicht bewilligt werden könne. Anschliessend werde der Beschwerdeführerin diesbezüglich das rechtliche Gehör zu gewähren sein. Gleichzeitig

wurde das Beschwerdeverfahren R 12 133 für dringlich erklärt.

- 8 -

#### **E. 14**

Am 17. Juli 2013 (Poststempel) ersuchte die Beschwerdeführerin das Gericht, das Beschwerdeverfahren R 12 133 zufolge Projektänderung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin 2 als gegenstandslos abzuschreiben und die Sache an die Beschwerdegegnerin 1 zur Durchführung des ordentlichen Baubewilligungsverfahrens zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin 2 gehe offenbar davon aus, dass bezüglich der im bestehenden Wohn- und Geschäftshaus gelegenen Zweitwohnungsfläche die Besitzstandsgarantie zur Anwendung gelange. Dies sei fraglich, könne jedoch offen bleiben. Von Bedeutung sei aber, dass pendente lite das Anfechtungsobjekt geändert worden sei. Diese Änderungen seien sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht wesentlich. Damit habe sich die Beschwerdegegnerin 1 nicht befasst bzw. zufolge nachträglicher Projektänderung gar nicht befassen können. Die Projektänderung könne nicht nachträglich zum Gegenstand im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren gemacht werden. Das Vorgehen des Instruktionsrichters sei unhaltbar.

#### **E. 15**

Am 19. Juli 2013 präzisierte der Instruktionsrichter die Verfügung vom 8. Juli 2013 dahingehend, dass die Beschwerdegegnerin 1 ersucht werde, das Projektänderungsgesuch im Baubewilligungsverfahren zu prüfen und den Parteien und dem Gericht den entsprechenden Entscheid mitzuteilen.

#### **E. 16**

Am 22. Juli 2013 teilte die Beschwerdegegnerin 1 dem Gericht mit, dass aus ihrer Sicht die Projektänderung bewilligungsfähig sei.

#### **E. 17**

Am 29. Juli 2013 ersuchte die Beschwerdeführerin das Gericht, die Verfügung des Instruktionsrichters vom 19. Juli 2013 aufzuheben und eine neue zu erlassen. Die jetzt spruchreife Beschwerde sei entweder zügig zu behandeln und das Urteil zu sprechen oder aber die Beschwerde sei als gegenstandslos zufolge des durch die Beschwerdegegnerin 2 erfolgten

- 9 - Verzichtes auf die Baubewilligung unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuschreiben.

#### **E. 18**

Am 14., mitgeteilt am 15. August 2013, wies der Instruktionsrichter den beschwerdeführerischen Antrag im Sinne der Erwägungen ab. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 26. August 2013 Prozessbeschwerde (Verfahren R 12 133c) und beantragte deren Gutheissung und die Aufhebung der prozessleitenden Verfügung des Instruktionsrichters vom 14./15. August 2013. Das Rekursverfahren (recte: Beschwerdeverfahren) R 12 133 sei weiterzuführen, zügig zu behandeln und das Urteil zu sprechen; es sei das Verfahren als gegenstandslos unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuschreiben. Nach Durchführung eines Schriftenwechsels wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden die Prozessbeschwerde am 21. November 2013, mitgeteilt am 10. Januar 2014,

ab. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 11. Februar 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Schweizerische Bundesgericht und beantragte unter anderem die Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichtes Graubünden vom 21. November 2013, der Einspracheentscheide des Gemeindevorstandes vom 3. September 2012 und der Baukommission vom 25. Juni 2012 sowie der Baubewilligung vom 25. Juni 2012 und die Rückweisung der Sache zur Durchführung des ordentlichen Bewilligungsverfahrens an die Beschwerdegegnerin 1. Nach Durchführung des Schriftenwechsels trat das Bundesgericht mit Urteil 1C\_78/2014 vom 10. Juni 2014 nicht auf die Beschwerde ein.

- 10 -

### **E. 19**

Am 31. Juli 2014 ersuchte der Instruktionsrichter die Beschwerdegegnerin 1 erneut, die von der Beschwerdegegnerin 2 am 5. Juli 2013 nachgesuchte Projektänderung im Baubewilligungsverfahren zu prüfen und den Parteien und dem Gericht den entsprechenden Entscheid mitzuteilen. Anschliessend werde der Beschwerdeführerin diesbezüglich das rechtliche Gehör zu gewähren sein.

### **E. 20**

Am 26. August, mitgeteilt am 3. September 2014 (Poststempel), bewilligte die Beschwerdegegnerin 1 das Bauprojekt bezüglich der Neudeklaration der geplanten Wohnungen. Die Wohnungen 1 - 3 sowie die Wohnung 5 würden als Erstwohnungen deklariert, während die Wohnung 4 und die Wohnungen 6 - 11 als Zweitwohnungen deklariert würden. Die BGF für die Zweitwohnungen liege um 17.2 m<sup>2</sup> unter dem anrechenbaren altrechtlichen Bestand von 678.5 m<sup>2</sup> und betrage 661.3 m<sup>2</sup>. Die Wohnungen 1 - 3 und 5 müssten dauernd und ausschliesslich durch Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde genutzt werden. Dies sei im Grundbuch anzumerken.

### **E. 21**

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 26. September 2014 wiederum Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (Verfahren R 14 93) und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und der von der Beschwerdegegnerin 1 erteilten Bewilligung zur Projektänderung im Bauprojekt. Die beantragte aufschiebende Wirkung erkannte der Instruktionsrichter der Beschwerde mit prozessleitender Verfügung vom 14. Oktober 2014 zu und bestätigte diese mit Verfügung vom 6. Januar 2015. Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin was folgt aus: • Die Beschwerdegegnerin 1 habe mit Beschluss vom 26. August 2014 entgegen den Aufforderungen des Verwaltungsgerichtes kein Baubewilligungsverfahren durchgeführt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeige, dass in Fällen, wo anstelle von Zweitwohnungen in einem Baugesuch Erstwohnungen gebaut werden sollten, von einer Änderung des Baugesuches auszugehen sei, welches von der Gemeinde im ordentlichen Baubewilligungsverfahren zu prüfen sei, damit den

- 11 - Beschwerdeführern und allfälligen weiteren Interessierten im Einspracheverfahren das rechtliche Gehör gewährt werden könne. Hier handle es sich nicht um eine geringfügige Projektänderung. Weil die Gemeinde das Gesuch nicht ausgeschrieben habe, verliere die Beschwerdeführerin eine Instanz. • Die Beschwerdegegnerin 1 habe die Berechnungen der Beschwerdegegnerin 2 für die bestehende BGF übernommen, obwohl

die Be- schwerdegegnerin 2 als Berechnungsgrundlage bloss einige alte, kaum lesbare Pläne eingereicht habe. Diese seien ohne Massstab wiedergegeben und die Berechnungen der vorhandenen Flächen nicht nachvollziehbar. Ebenso seien die Zahlen auf Seite 4 der Eingabe der Beschwerdegegnerin 2 vom 4. Juli 2013 nicht nachvollziehbar und würden bestritten. Der Sachverhalt sei nicht korrekt festgestellt. • Zwar würden neue Erstwohnungen anstelle der geplanten Zweitwoh- nungen gebaut. Die Beschwerdegegnerin 2 möchte jedoch zusätzlich auch die angeblich bestehenden Zweitwohnungen im Bestand ihrer BGF neu verbauen. Das Verwaltungsgericht Waadt habe am 30. Juni 2014 entschieden, auch die Umwandlung von Zweit- in Erstwohnun- gen müsse an Bedingungen geknüpft sein, um Missbräuche zu ver- hindern. Es brauche eine neue öffentliche Auflage, weil es sich um ei- ne wesentliche Änderung des Baugesuchs handle. Zudem könnten sich die zuständigen Behörden nicht einfach auf die Angaben der Bauherrschaft bezüglich der zukünftigen Nutzung der Wohnungen ab- stützen, sondern müssten diese Angaben selber und vertieft nachprü- fen. Die Beschwerdegegnerin 1 habe es versäumt, die Angaben der Beschwerdegegnerin 2 zu überprüfen. Sie habe ihrem Beschluss Tat- sachen zu Grunde gelegt, von denen sie wisse, dass sie falsch seien. Das Haus werde vom Eigentümer seit 2007 als Erstwohnung genutzt. • Die Ansicht der Beschwerdegegnerin 1, wonach alte, bereits vor dem 11. März 2012 errichtete Wohnungen sowie bereits rechtskräftig bewil- ligte Wohnungen jeglicher Wohnnutzung zugeführt werden könnten, sei gewagt. Art. 2 Abs. 6 und Abs. 8 des kommunalen Gesetzes über die Kontingentierung von Zweitwohnungen und die Erhebung einer Lenkungsabgabe definierten, was Erst- und Zweitwohnungen seien. Es erstaune, wenn die Beschwerdegegnerin 1 nun plötzlich keine be- stehenden Wohnnutzungen kennen wolle. Es sei nicht einzusehen, weswegen mit Annahme von Art. 75b BV jede altrechtliche Wohnung jeglicher beliebigen Wohnnutzung zugeführt werden könne. Zudem sage Art. 2 ZwVO, was als Zweitwohnung gelte. Folge man der An- sicht der Beschwerdegegnerin 1, könnten in X.\_\_\_\_\_ alle bis anhin als Erstwohnungen genutzten Wohnungen in Zweitwohnungen umge- wandelt werden. Dies widerspreche Sinn und Zweck von Art. 75b BV und auch des bestehenden Zweitwohnungsgesetzes X.\_\_\_\_\_.

- 12 - • Zwar könne gemäss Art. 75b BV eine bestehende Zweitwohnung auch in einer Gemeinde mit einem Zweitwohnungsbestand von mehr als 20 % beibehalten und unterhalten werden (einfache Besitzstandsga- rantie). Darüber hinaus sei es aber Sache des Gesetzgebers, die Be- sitzstandsgarantie zu konkretisieren, wobei er sie im Sinne einer er- weiterten Besitzstandsgarantie auch innert vernünftiger Grenzen aus- weiten dürfe. Er müsse sich aber an den Rahmen von Art. 75b BV hal- ten. Art. 12 Abs. 3 VE-ZWG gestatte in Anlehnung an Art. 24c Abs. 2 RPG die Erneuerung, den Umbau, die geringfügige Erweiterung sowie den Wiederaufbau einer altrechtlichen Zweitwohnung. Im Moment gel- te indes die ZwVO. Die vorstehend genannte erweiterte Besitzstands- garantie sei kein geltendes Recht. Folglich könne für den vorliegenden Fall nur von einer einfachen Besitzstandsgarantie ausgegangen wer- den. Bestehende Zweitwohnungen dürften demnach unter der gelten- den Rechtslage beibehalten und unterhalten werden. Für den Abriss angeblicher Zweitwohnungen und den Aufbau derselben fehle eine gesetzliche Grundlage. Der angebliche Bestand an Zweitwohnungs- BGF solle hier neu und anders realisiert werden. Die neuen Wohnun- gen hätten mit den altrechtlichen Wohnungen auch architektonisch nichts zu tun. Hier greife folglich die bundesrechtliche Planungszone (harter Kern). Das Abreissen von Zweitwohnungen und der Neubau derselben in völlig anderer Kubatur und anderer Lage im Gebäude sei mit Art. 75b BV nicht vereinbar. Diese

Rechtsfragen müssten vom Gesetzgeber noch geregelt werden und sollten nicht Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens darstellen.

#### **E. 22**

Am 10. bzw. am 11. November 2014 beantragten die Beschwerdegegnerinnen die Sistierung des Verfahrens bis zum Vorliegen des Bundesgesetzes über die Zweitwohnungen. Die Beschwerdeführerin beantragte am

#### **E. 24**

Am 5. Januar 2015 beantragte auch die Beschwerdegegnerin 2 die Abweisung der Beschwerde R 14 93 mit folgender Begründung: • Bezüglich Bewilligungsverfahren habe sich die Beschwerdegegnerin 1 an die Vorgaben des Verwaltungsgerichtes gehalten. Das Bundesgericht habe sich im Urteil vom 10. Juni 2014 dazu geäußert. Die Gerichte seien übereinstimmend davon ausgegangen, dass zunächst die Gemeinde die Projektänderung zu beurteilen habe und anschliessend ein Rechtsmittelverfahren eröffnet werde. Die Beschwerdeführerin habe seit Juli 2013 Kenntnis vom Inhalt der Projektänderung gehabt und hätte sich längstens dazu äussern können. Es sei ihr auch bekannt gewesen, dass es nur um die Definition der Erst- bzw. Zweitwohnungen gegangen sei und sich der Inhalt der Projektänderung auf dieses Thema beschränkt habe. Das Bundesgericht habe festgestellt, es sei vorliegend nur noch die Zweitwohnungsnutzung des Bauvorhabens streitig. Die Beschwerdeführerin habe sich in Kenntnis dieser Fakten während über eineinhalb Jahren nicht zur Thematik geäußert und auch keinen Antrag gestellt, sich dazu zu äussern. Ihr jetziges Begehren um Durchführung einer nachträglichen Ausschreibung sei nicht mehr zu berücksichtigen. • Hier gehe es nur noch um die Zweitwohnungsnutzung des Bauvorhabens bzw. um die Deklaration der Wohnungen. Dabei sei ein altrechtlicher Zweitwohnungsbestand von 678.5 m<sup>2</sup> festgestellt worden. Die neu eingegebene BGF für Zweitwohnungen liege demgegenüber bei 661.3 m<sup>2</sup>. Wie dem angefochtenen Beschluss zu entnehmen sei, seien entgegen den Behauptungen in der Beschwerde eben nicht die gesamten Wohnflächen im Haus C.\_\_\_\_\_ als Zweitwohnungen angenommen worden. Es sei zwischen Erst- und Zweitwohnungen unterschieden worden, und zwar gestützt auf die entsprechenden Abklärungen und Prüfungen durch die Beschwerdegegnerin 1. Demzufolge seien vier Wohnungen als Erstwohnungen und sieben Wohnungen als Zweitwohnungen qualifiziert worden. Die Beschwerdegegnerin 1 habe den Sachverhalt richtig festgestellt. • Vorliegend sei die ZwVO anzuwenden. Weder die Nutzfläche der bestehenden Wohnungen noch die Anzahl der bestehenden Zweitwohnungen werde erweitert. Es sei im öffentlichen Interesse, wenn eine Wohnung als Zweitwohnung genutzt werde und dadurch das Gebäude und das Ortsbild gepflegt werde. Dorfkerne sollten verdichtet und bestehende Zweitwohnungen erneuert werden können, auch in Gemeinden mit Zweitwohnungsanteilen über 20 %. Dies hätten der Bundesrat in seiner Botschaft zum Zweitwohnungsgesetz und auch der Ständerat übernommen. Der Ersatz altrechtlicher Zweitwohnungen einschliesslich des Wiederaufbaus sei zulässig, weswegen sie nicht zum harten Kern von Art. 75b BV zu rechnen sei.

#### **E. 25**

Am 11. Februar 2015 forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdegegnerin 2 auf, Originale oder massstabgetreue Kopien der mit dem Projektänderungsgesuch vom 5. Juli 2013 eingereichten verkleinerten Planschemata (Bestandteil des Dossiers vom 16. April 2012, revidiert am 4. Juli 2013 mit dem Flächennachweis und Vergleich zwischen

bestehen- den und neuen BGF für Gewerbe, Erst- und Zweitwohnungen sowie die Deklaration dieser Wohnungen) einzureichen. Am 18. Februar 2015 stellte das damit von der Beschwerdegegnerin 2 beauftragte Architekturbüro E.\_\_\_\_\_ dem Gericht zunächst Aufnahmepläne und Planverkleinerungen des Massstabes 1:100 zu. Am 20. Februar 2015 stellte die E.\_\_\_\_\_ dem Gericht die verlangten Originalpläne im Massstab 1:50 des Architekturbüros F.\_\_\_\_\_ zu. Dabei handle es sich gemäss Mitteilung des Architekturbüros F.\_\_\_\_\_ um Aufnahmepläne des vorhandenen Objekts. Die Masse seien am Objekt gemessen worden und seien ohne Gewähr. Bei solchen Aufnahmeplänen könne es vorkommen, dass die Masse nicht überall mit der Zeichnung übereinstimmen würden, weil die alten Bauten nicht immer in einem orthogonalen System erstellt worden seien. Die Möglichkeiten von Architekturbüros für solche Massaufnahmen seien beschränkt. Deswegen könne es Ungenauigkeiten geben. Würden genaue Aufnahmepläne ohne Toleranzen verlangt, müssten diese durch einen Geometer mit den entsprechenden elektronischen Messinstrumenten erstellt werden, was mit erheblichen Kosten verbunden wäre. Bei den Flächenberechnungen für das Baugesuch seien sie von der Vermassung aus den Plänen des Büros F.\_\_\_\_\_ ausgegangen, in der Annahme, dass dieser Genauigkeitsgrad genüge.

- 15 -

#### **E. 26**

In ihrer Stellungnahme vom 18. März 2015 führte die Beschwerdeführerin was folgt aus: • Es gehe nicht an, dass Planungenauigkeiten in die Berechnung der angeblich zur Verfügung stehenden BGF einflössen. Die Beschwerdegegnerin 2 habe ausgeführt, es bestünden 678.5 m<sup>2</sup> BGF anrechenbarer Bestand für Zweitwohnungen. Sie müsse dies nachweisen und genauere Pläne einreichen. • Die Aufnahmepläne seien insgesamt sehr ungenau, auch die Originalpläne. Auf den eingereichten 1:50-Plänen sei aufgrund der Schattierungen erkennbar, dass gewisse Teile der Pläne abgedeckt worden seien. Die Pläne des Unter- und Erdgeschosses seien präzise beschriftet, während bei den Wohnungen im ersten und zweiten Obergeschoss sowie im Dachgeschoss keine Beschriftungen mehr vorhanden seien. Deswegen sei es schwierig nachzuvollziehen, wie viele Wohnungen bzw. Wohnfläche in diesem Haus überhaupt bestünden. Sie habe sich die Mühe gemacht, auf den eingereichten Plänen mit Farbe die möglichen Wohnungen einzuzichnen. Allerdings müsse nicht sie, sondern die Beschwerdegegnerin 2 nachweisen, wie gross der Bestand an Zweitwohnungen sei.

#### **E. 27**

Am 4. Mai 2015 beantragte die Beschwerdegegnerin 2 die Abweisung der Beschwerde und die Sistierung des Beschwerdeverfahrens. Begründend führte sie Folgendes aus: • Bei den 1:50-Plänen handle sich um Originalpläne. Diese gäben die heutige Situation im Haus C.\_\_\_\_\_ korrekt und massstabgetreu wieder. Dies betreffe insbesondere die Kennzeichnung und den Umfang der bereits heute bestehenden Wohnungen, welche in den Planunterlagen klar und nachvollziehbar dargestellt seien. Allerdings seien die Pläne mit dem heutigen Zweitwohnungsbestand im Hinblick auf den weiteren Verfahrensgang ohne Belang, nachdem sich die Gesetzgebung im Bereich der Zweitwohnungen in der Zwischenzeit entscheidend geändert habe. • Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bilde die Verfügung der Gemeinde X.\_\_\_\_\_ vom 26. August 2014. Darin gehe es um die Deklaration der geplanten Wohnungen, also deren Bezeichnung als Erst- bzw.

Zweitwohnungen mit den entsprechenden Flächenangaben und der Anweisung für den grundbuchlichen Vollzug (Anmerkung Erstwohnung). Weitere Streitpunkte bestünden nicht. Bezüglich der Frage der Zweitwohnungsnutzung hätten sich die rechtlichen Verhältnisse im

- 16 - Laufe des Verfahrens erheblich verändert, weshalb es sich rechtfertige, die Frage der Verfahrenssistierung neuerlich zu beurteilen. • Das neue ZWG trete voraussichtlich auf den 1. Januar 2016 in Kraft. Beim Haus C.\_\_\_\_\_, welches abgebrochen und wieder neu aufgebaut werden sollte, handle es sich um eine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG. Derartige Wohnungen seien in der Art der Wohnnutzung gemäss neuem Recht frei (Art. 11 Abs.1 ZWG). Bestehende oder künftige Nutzungsbeschränkungen des kantonalen oder kommunalen Rechts bestünden nicht. Sodann dürften solche Wohnungen gemäss Art. 11 Abs. 2 ZWG im Rahmen der vorbestandene(n) Hauptnutzfläche erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden. In diesem Rahmen dürften sogar neue Wohnungen geschaffen werden und es wäre eine Erweiterung der vorbestehenden Hauptnutzfläche um maximal 30 % zulässig (Art. 11 Abs. 3 ZWG). Somit seien sämtliche vorbestehenden altrechtlichen Wohnungen im Haus C.\_\_\_\_\_ in der Art der Wohnnutzung frei. Die in der Beschwerde aufgeworfenen Fragen der Wohnnutzung altrechtlicher Wohnungen bzw. des Besitzstands für Zweitwohnungen sei damit unerheblich. Nach neuem Recht sei das ursprüngliche Baugesuch gutzuheissen, es könnten sogar mehr Zweitwohnungen erstellt werden als in der angefochtenen Verfügung vom 26. August 2014 deklariert worden seien. Es mache deshalb verfahrensökonomisch keinen Sinn, das hängige Baugesuch nach heutigem Recht zu beurteilen, wenn heute schon feststehe, dass am 1. Januar 2016 eine neue Rechtslage die Bewilligungserteilung ermögliche.

#### **E. 28**

Die Beschwerdegegnerin 1 erklärte sich am 12. Mai 2015 mit der Verfahrenssistierung einverstanden.

#### **E. 29**

In ihrer Stellungnahme vom 18. Mai 2015 zum Sistierungsgesuch der Beschwerdegegnerin 2 führte die Beschwerdeführerin was folgt aus: • Seit der Abweisung des Sistierungsantrags der Beschwerdegegnerin 2 vom 10. November 2015 hätten sich die Verhältnisse nicht geändert. Das ZWG sei noch nicht in Kraft und man wisse nicht, ob das Referendum dagegen ergriffen werde. • Die Subsumtion des Sachverhaltes unter das neue Recht, könne zum heutigen Zeitpunkt unterbleiben. Es gehe nur darum, dass sich die Beschwerdegegnerin 2 eine positivere Beurteilung nach ZWG erhoffe. Das Bundesgericht habe aber festgehalten, dass derartige Interessen nicht zu schützen seien.

- 17 - • Es sei nicht verfahrensökonomisch, weiterhin mit einem Entscheid in einem Fall zuzuwarten, welcher bereits seit über zweieinhalb Jahren am Verwaltungsgericht hängig sei. Die Beschwerdeführerin habe einen Anspruch darauf, dass entschieden werde. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso das vorliegende Verfahren immer weiter hinausgezögert werde. Eine weitere Sistierung könne der Beschwerdeführerin nicht zugemutet werden. Die Beschwerdegegnerin 2 könne ein neues Gesuch nach Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung einreichen, um dannzumal eine Beurteilung nach den neuen Vorschriften zu erreichen.

#### **E. 30**

In einer weiteren Stellungnahme vom 4. Juni 2015 führte die Beschwerdegegnerin 2 noch Folgendes aus: • Die Rechtslage habe sich insoweit geändert, als am 20. März 2015 das neue ZWG von der Bundesversammlung verabschiedet worden sei. Dieses regle abschliessend, unter welchen Bedingungen bestehende Erstwohnungen in Zweitwohnungen umgeändert werden könnten. Dies sei auch der einzige Streitpunkt im vorliegenden Verfahren. Zwar sei das neue ZWG noch nicht in Kraft. Dennoch habe sich die Rechtslage seit dem letzten Sistierungsentscheid des Verwaltungsgerichtes geändert. Es sei bisher kein Referendum ergriffen worden und es würden auch keine Unterschriftensammlungen dafür laufen. Die Referendumsfrist laufe am 9. Juli 2015 ab und es sei davon auszugehen, dass das neue Gesetz auf den 1. Januar 2016 in Kraft trete. Von einer "Hoffnung auf eine günstigere gesetzliche Regelung" könne diesbezüglich also nicht die Rede sein. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften sowie in den angefochtenen Entscheiden wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Gemäss Art. 6 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) kann die zuständige Behörde die Verfahren im Interesse einer zweckmässigen Erledigung durch verfahrensleitende Verfügung bei getrennt eingereichten Eingaben zum gleichen Gegenstand ver-

- 18 - einigen. Voraussetzung für eine Verfahrensvereinigung ist, dass den Eingaben derselbe Sachverhalt zugrunde liegt und sich die gleichen Rechtsfragen stellen (vgl. BGE 128 V 124 E.1 mit weiteren Hinweisen). Dies trifft vorliegend offensichtlich zu, weshalb der Instruktionsrichter die beiden verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren R 12 133 und R 14 93 bereits mit prozessleitender Verfügung vom 29. September 2014 zusammengelegt hat. Folglich werden die beiden Beschwerden auch mit einem Urteil entschieden. 2. Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a VRG beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen Entscheide von Gemeinden, soweit diese nicht bei einer anderen Instanz angefochten werden können oder nach kantonalem oder eidgenössischem Recht endgültig sind. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 3., mitgeteilt am 5. September 2012 (Verfahren R 12 133), mit welchem die Beschwerdegegnerin 1 die Einsprache der heutigen Beschwerdeführerin abgewiesen hat, sowie der Beschluss vom 26. August, mitgeteilt am 3. September 2014 (Verfahren R 14 93), mit welchem die Beschwerdegegnerin 1 das Bauprojekt bezüglich der Neudeklaration der geplanten Wohnungen bewilligt hat, sind weder endgültig noch können sie bei einer anderen Instanz angefochten werden. Folglich stellen sie taugliche Anfechtungsobjekte für ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden dar. Als formelle bzw. materielle Adressatin der angefochtenen Entscheide ist die Beschwerdeführerin berührt und weist ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung auf (Art. 50 VRG). Auf die zudem frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden ist somit einzutreten. 3. In ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2013 beantragt die Beschwerdeführerin, das Schreiben der Beschwerdegegnerin 1 vom 17. Dezember 2012 sei aus dem Recht zu weisen, weil dieses dem streitberufenen Ge-

- 19 - richt nicht innerhalb der vom Gericht angesetzten Frist (bis am 14. Dezember 2012) eingereicht wurde. Dieser Antrag ist unbegründet. Es trifft zwar zu und wird von der Beschwerdegegnerin 1 auch nicht bestritten, dass ihre Stellungnahme dem Gericht nicht – wie aufgefordert – am 14. Dezember 2012, sondern erst am 17. Dezember 2012 zugestellt wurde (vgl. das Schreiben der Beschwerdegegnerin 1 vom 24. Januar 2013 S. 1). Für das Verfahren vor Verwaltungsgericht gilt gemäss Art. 11 Abs. 1 VRG indes die Untersuchungsmaxime, d.h. der Sachverhalt ist von Amtes wegen zu ermitteln. Es steht dem

Verwaltungsgericht daher frei bzw. es ist sogar verpflichtet, Beweismittel beizuziehen, soweit ihm dies zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts dienlich oder notwendig erscheint. Die verspätete Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 1 vom 17. Dezember 2012 enthält sodann rechtsrelevante Ausführungen und ist damit gestützt auf die Offizialmaxime unabhängig davon, ob die Eingabe fristgerecht oder verspätet erfolgte, beizuziehen. Dies zumal es sich bei der vom Gericht angesetzten Frist nicht um eine peremptorische Frist im Sinne von Art. 9 Abs. 1 VRG handelt. Neben der Offizialmaxime gilt im Übrigen auch der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen, weshalb die rechtlichen Erörterungen der Beschwerdegegnerin 1 – soweit sie zur Entscheidung beitragen – trotz der verspäteten Einreichung der Stellungnahme zu berücksichtigen sind. 4. Die Beschwerdeführerin rügt im Verfahren R 14 93 in formeller Hinsicht zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem das Projektänderungsgesuch nicht im ordentlichen Baubewilligungsverfahren geprüft worden sei. Dadurch sei ihr eine Instanz verlustig gegangen. a) Wie nachfolgend dargestellt, erweist sich diese Rüge als unbegründet. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass ihr das Projektänderungsgesuch

- 20 - der Beschwerdegegnerin 2 vom 5. Juli 2013 (Poststempel) vom Gericht am 8. Juli 2013 zugestellt wurde und die Beschwerdegegnerin 1 gleichzeitig ersucht wurde, dieses Gesuch zu beurteilen und dem Gericht mitzuteilen, ob die Projektänderung aus ihrer Sicht bewilligt werden könne (die Verfügung vom 8. Juli 2013 wurde vom Instruktionsrichter nachträglich mit Verfügung vom 19. Juli und 14., mitgeteilt am 15. August 2013, noch dahingehend präzisiert, dass die Beschwerdegegnerin 1 ersucht werde, das Projektänderungsgesuch im Baubewilligungsverfahren zu prüfen und den Parteien und dem Gericht den entsprechenden Entscheid mitzuteilen). Bereits in der Verfügung vom 8. Juli 2013 sowie auch im Schreiben des Instruktionsrichters vom 31. Juli 2014 wurde explizit darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführerin erst anschliessend, d.h. nach Prüfung der Projektänderung im Baubewilligungsverfahren durch die Beschwerdegegnerin 1 bzw. nach Mitteilung des entsprechenden Entscheids, das rechtliche Gehör gewährt würde. Wäre sie mit diesem Vorgehen nicht einverstanden gewesen, hätte sie dagegen remonstrieren können, was sie jedoch unterlassen hat. b) Die Beschwerdeführerin hat gegen die Projektänderung aktenkundig keine Einsprache erhoben. Angesichts der vorerwähnten Schreiben des Instruktionsrichters vom 8. Juli 2013 und 31. Juli 2014 wäre es indes überspitzt formalistisch, deswegen nicht auf die Beschwerde R 14 93 einzutreten. In den erwähnten Schreiben hat der Instruktionsrichter nämlich – wie gesehen – explizit festgehalten, dass der Beschwerdeführerin anschliessend an das Baubewilligungsverfahren das rechtliche Gehör zu gewähren sei. Dass die Beschwerdeführerin von diesem Recht nun in einer separaten Beschwerde ans Verwaltungsgericht, ohne zuvor den gemeindeinternen Einspracheweg zu beschreiten, Gebrauch gemacht hat, kann ihr vor diesem Hintergrund nicht zum Nachteil gereichen.

- 21 - c) Die Projektänderung wurde von der Beschwerdegegnerin 1 im Meldeverfahren gemäss Art. 50 f. der Raumplanungsverordnung für den Kanton Graubünden (KRVO; BR 801.110) bewilligt. Dieses gelangt gemäss Art. 50 Abs. 1 KRVO als vereinfachtes Baubewilligungsverfahren bei baulichen Massnahmen zur Anwendung, wenn diese kumulativ nach aussen nicht in Erscheinung treten, zonenkonform sind und zu keinen Veränderungen bezüglich Verkehrsbelastung oder Ausnützung führen. Vorliegend handelt es sich um eine geringfügige Projektänderung eines bereits bewilligten Bauvorhabens ohne jegliche bauliche Veränderungen, weshalb die Anwendung des Meldeverfahrens ohne

Weiteres zulässig war. Ein Anspruch auf Behandlung eines solchen Projektänderungsgesuchs im ordentlichen Baubewilligungsverfahren im Sinne von Art. 41 ff. KRVO besteht nicht, zumal die Beschwerdeführern keine Drittinteressen geltend machen kann (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden R 14 38 vom 13. Januar 2015 E.2e). Folglich erweist sich aber die beschwerdeführerische Rüge, wonach das rechtliche Gehör verletzt worden sei, indem das Projektänderungsgesuch nicht im ordentlichen Baubewilligungsverfahren geprüft worden sei, als unbegründet. 5. a) In baurechtlicher Hinsicht beanstandet die Beschwerdeführerin im Verfahren R 12 133 gemäss ihrem Schreiben vom 14. Januar 2013 bloss noch, dass die Beschwerdegegnerin 2 auf das Über- bzw. Grenzbaurecht zulasten von Parzelle 129 für die Erstellung des Erd- und des Untergeschosses angewiesen sei Gemäss Ziff. 1 und 2 des Dienstbarkeitsvertrags vom 7. Mai 1976 (Beilage 9 der Beschwerdeführerin) dürften im ersten Untergeschoss nur Schutz-, Mehllager-, Lager- und Containerräume bzw. im Erdgeschoss nur eine Backstube und eine Garage mit Spedition errichtet werden. Gemäss den Plänen seien im Erdgeschoss neu die Garageneinfahrt, ein Autolift sowie ein Anlieferungsparkplatz geplant. Im Untergeschoss sei eine grosse Einstellhalle mit mehreren Parkplätzen sowie Räumen für die Haustechnik und Keller vorgesehen. Diese Räumlichkei-

- 22 - ten, welche das Überbau- bzw. Grenzbaurecht in Anspruch nähmen, entsprächen nicht dem klar festgehaltenen Zweck der eingeräumten Dienstbarkeit. Das geplante Projekt verfüge somit nicht über die benötigten Näher- und Grenzbaurechte. Somit sei das Projekt nicht bewilligungsfähig. b) Wie die Beschwerdegegnerin 2 in ihrer Stellungnahme vom 17. Januar 2013 indes zu Recht festhält, regeln die Ziffern 1 und 2 des Dienstbarkeitsvertrages vom 7. Mai 1976 nur das Überbaurecht, welches sich auf die im Plan Nr. 8 vom 8. Januar 1976 schraffierte Grundstücksfläche bezieht. Ziff. 1 und 2 des erwähnten Dienstbarkeitsvertrages betreffen somit bloss die auf Parzelle 129 erstellten Bauteile. Dementsprechend gelten aber die Nutzungsbeschränkungen gemäss Ziff. 2 des Dienstbarkeitsvertrages nur für diese auf Parzelle 129 hineinragenden Bauteile, nicht aber für die Flächen und Gebäudeteile auf der Grundstücksfläche der Bauparzelle 130. Gemäss der Beilage der Beschwerdegegnerin 2 "Situationsplan Grenz-/Überbaurecht zw. KTN 129 und 130" (vgl. auch den Baueingabeplan "Kataster 1:500 – Grundrisse/Fassaden 1:100") wird aber das Überbaurecht zugunsten von Parzelle 130 und zulasten von Parzelle 129 beim Neubau des Wohn- und Geschäftshauses C. \_\_\_\_\_ gar nicht mehr beansprucht. Damit erweist sich das beschwerdeführerische Vorbringen, wonach die Beschwerdegegnerin 2 für die Erstellung des Erd- und des Untergeschosses auf das Über- bzw. Grenzbaurecht zulasten von Parzelle 129 angewiesen sei und die das Über- bzw. Grenzbaurecht in Anspruch nehmenden Räumlichkeiten dem Zweck der eingeräumten Dienstbarkeit widersprechen, als unbehelflich. 6. Wie bereits das Bundesgericht im Urteil 1C\_78/2014 vom 10. Juni 2014 unter Erwägung 1.2. festgestellt hat, ist vorliegend – über die vorstehend abgehandelten Fragen hinaus – lediglich noch die Zweitwohnungsnutzung des Bauvorhabens streitig.

- 23 - a) Was das für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren R 12 133 anwendbare Recht betrifft hat das Bundesgericht in seinem wegleitenden Urteil 139 II 243 (= Urteil des Bundesgerichtes 1C\_646/2012 vom 22. Mai 2013) unter Erwägung 10.5. was folgt festgehalten: "Soweit Art. 75b Abs. 1 BV eine absolute Grenze von 20 % am Gesamtwohnungsbestand und an der Wohnnutzfläche jeder Gemeinde festschreibt, besteht Klarheit und Bestimmtheit des Tatbestands und der Rechtsfolge hinsichtlich

derjenigen neuen Wohnnutzungen, die unzweifelhaft unter den Zweitwohnungsbegriff fallen und in einer Gemeinde mit eindeutig überschüssendem Zweitwohnungsanteil beabsichtigt sind. Die so erfassten Sachverhalte ("kalte Betten") sind relativ einfach abzugrenzen und nicht komplex. Die mögliche Rechtsänderung wurde schon lange im Voraus publik und das sich daraus ergebende Verbot wurde breit diskutiert; die insoweit betroffenen Normadressaten waren bekannt. Der sofortigen Anwendbarkeit dieses "harten Kerns" der neuen, speziellen Verfassungsnorm steht daher nichts entgegen, auch wenn sie eine nicht unerhebliche Beschränkung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) bedeutet. Art. 75b BV bedarf aber in weiten Teilen der Konkretisierung durch Ausführungsvorschriften. Dies gilt einerseits für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in den betroffenen Gemeinden noch Baubewilligungen für bestimmte, besonders intensiv genutzte Arten von Zweitwohnungen ("warme Betten") erteilt werden dürfen. Andererseits ist klärungsbedürftig, ob und inwieweit die Umnutzung von Erst- zu Zweitwohnungen bzw. die Erweiterung und der Ersatz bestehender Zweitwohnungen zulässig ist. Soweit Ausführungsrecht unabdingbar ist, um den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen der Verfassungsnorm definitiv und exakt bestimmen zu können, beschränkt sich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV auf ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in den betroffenen Gemeinden bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen. Im Ergebnis kommt dieses vorsorgliche Verbot einer Planungszone gleich. Es ist weit auszulegen, um dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen und eine Präjudizierung der künftigen Ausführungsbestimmungen zu vermeiden. Es handelt sich insoweit um eine bloss vorübergehende Einschränkung der Eigentumsgarantie zwischen dem Abstimmungstermin und dem Erlass der Ausführungsbestimmungen. Dieser soll innerhalb von zwei Jahren nach dem Abstimmungstermin erfolgen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV). Für derartige vorsorgliche und zeitlich beschränkte Massnahmen sind keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm zu stellen." b) Die soeben zitierten Ausführungen im erwähnten Leitentscheid vom 22. Mai 2013 hat das Bundesgericht in Kenntnis der Vorschriften der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen (ZwVO; SR 702) gemacht. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass das Bundesgericht Fälle wie den vorliegenden als von der ZwVO nicht geregelt betrachtet. Folglich kommt aber die ZwVO vorliegend nicht

- 24 - bzw. praktisch nicht zur Anwendung (immerhin kann auf den erläuternden Bericht zur ZwVO des Bundesamtes für Raumentwicklung [ARE] abgestellt werden [abrufbar unter <http://www.are.admin.ch/themen/raumplanung/00236/04094/index.html?lang=de>; zuletzt besucht am 7. Oktober 2015]). Die vorstehend dargestellte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach sich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) – soweit Ausführungsrecht unabdingbar ist, um den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen der Verfassungsnorm definitiv und exakt bestimmen zu können – auf ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in den betroffenen Gemeinden bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen beschränkt, ist auf das Bau-gesuch der Beschwerdegegnerin 2 vom 16. April 2012 zweifellos anwendbar. Folglich wäre aber die Erteilung der Baubewilligung zwischen dem 11. März und dem 31. Dezember 2012 durch die Beschwerdegegnerin 1 nicht zulässig gewesen. Vor diesem Hintergrund ist die Beschwerde R 12 133 insoweit gutzuheissen, als sie nicht durch Anerkennung seitens der Beschwerdegegnerinnen (Einreichung eines Projektänderungsge-

suchs durch die Beschwerdegegnerin 2 und Bewilligung desselben durch die Beschwerdegegnerin 1) hinfällig geworden ist. Insbesondere wird bei der Kostenzuteilung zu berücksichtigen sein, dass die Beschwerde R 12 133 – ohne Projektänderungsgesuch vom 5. Juli 2013 (Poststempel) – vollumfänglich hätte gutgeheissen werden müssen (vgl. dazu nachstehend E.9b). 7. a) Am 5. Juli 2013 (Poststempel) hat die Beschwerdegegnerin 2 ein Projektänderungsgesuch eingereicht, welches gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin 2 vorsehe, dass nur noch jene Flächen als Zweitwohnungen realisiert würden, welche durch den heutigen alten Bestand an Zweitwoh-

- 25 - nungen im bestehenden Haus C.\_\_\_\_\_ gesichert und garantiert seien. Die projektierten Zweitwohnungen würden Ersatz-Neubauten der bereits bestehenden Ferienwohnungen darstellen und es würden keine neuen Zweitwohnungen erstellt. Der Beschluss der Beschwerdegegnerin 1 vom 26. August, mitgeteilt am 3. September 2014 (Poststempel), mit welchem diese das Projektänderungsgesuch bewilligt hat, bildet Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens R 14 93 respektive Anfechtungsobjekt in diesem Verfahren. Danach sollen von den elf geplanten Wohnungen die Wohnung Nr. 1 im ersten Obergeschoss mit 4.5-Zimmern, die Wohnung Nr. 2 im ersten Obergeschoss mit 2.5-Zimmern, die Wohnung Nr. 3 im ersten Obergeschoss mit 4.5-Zimmern sowie die Wohnung Nr. 5 im zweiten Obergeschoss mit 1.5-Zimmern als Erstwohnungen genutzt werden, die restlichen sieben Wohnungen als Zweitwohnungen. Dabei liegt gemäss Baubewilligung vom 26. August, mitgeteilt am 3. September 2014 (Poststempel), die BGF für Erstwohnungen bei 382.6 m<sup>2</sup>, während die BGF für Zweitwohnungen bei 661.3 m<sup>2</sup> liegt. Diese BGF für Zweitwohnungen liegt gemäss Baubewilligung um 17.2 m<sup>2</sup> BGF unter dem angegebenen, anrechenbaren, altrechtlichen Bestand von 678.5 m<sup>2</sup>. Nachfolgend ist die Rechtmässigkeit dieses Beschlusses der Beschwerdegegnerin 1 vom 26. August, mitgeteilt am 3. September 2014 (Poststempel), zu prüfen. b) Den Beschwerdegegnerinnen ist insofern Recht zu geben, dass – falls die BGF für Zweitwohnungen den altrechtlichen Bestand der bis anhin zweitwohnungsgenutzten BGF von 678.5 m<sup>2</sup> nicht übersteigt – in diesem Sinne (abgesehen von der Frage, ob die Wohnungen nach geltendem Recht neu in einem anderen Teil der Liegenschaft erstellt werden dürften) keine neuen Zweitwohnungen erstellt werden. Dafür müsste indessen zunächst sichergestellt sein, dass im altrechtlichen Wohn- und Geschäftshaus C.\_\_\_\_\_ mindestens 661.3 m<sup>2</sup> BGF als Zweitwohnungsfläche zur Verfügung stand. Diesbezüglich behauptet die Beschwerdegegnerin 2, dass

- 26 - der altrechtliche Bestand bzw. die altrechtlichen Wohnungen im ersten und zweiten Obergeschoss sowie im Dachgeschoss bisher zweitwohnungsgenutzt waren. Diese blosser Behauptung hat sie indes mit keinerlei Beweismitteln unterlegt. Zwar hat die Beschwerdegegnerin 2 am 5. Juli 2013 (Poststempel) eine BGF-Berechnung eingereicht und diese auf Anforderung des Instruktionsrichters am 18. bzw. am 20. Februar 2015 mit den Originalplänen ergänzt. Damit hat sie aber den Bestand der altrechtlichen BGF für Zweitwohnungsnutzung in keiner Weise nachgewiesen. c) Art. 45 Abs. 3 des Baugesetzes der Gemeinde X.\_\_\_\_\_ (BG) definiert die anrechenbare BGF als die Summe aller unter- und oberirdischen Geschossflächen im Aussenmass in Haupt-, An- und Nebenbauten. Aussenmauern werden nur bis Wandstärken bis 30 cm berechnet. Dies ist bei der Berechnung der bestehenden Baute zu berücksichtigen. Der Berechnung der Beschwerdegegnerin 2 und den dazugehörigen Einzeichnungen in den Plänen lässt sich aber nicht entnehmen, ob die Aussenmauern nur bis zu einer Wandstärke bis 30 cm

berücksichtigt sind. Aus den einge- reichten Unterlagen ist ersichtlich, dass zuweilen die ganze Wandstärke, zuweilen die Wandstärke gar nicht und zuweilen die Wandstärke teilweise berücksichtigt worden ist. Sodann sind gemäss Art. 45 Abs. 4 BG im Dachgeschoss Raumteile anzurechnen, deren lichte Höhe gemessen bis Unterkant Dachsparren 1.6 m überschreitet. Bei Geschossen mit einer Höhe von über 4.3 m wird pro 2.7 m Gebäudehöhe ein Geschoss berech- net und die zugehörige BGF ermittelt. Auch dies ist bei der Berechnung der BGF des bestehenden Wohn- und Geschäftshauses C.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen. Da von der Altbaute keine Schnitte und Ansichten zur Verfügung stehen, kann nicht eruiert werden, ob Art. 45 Abs. 4 BG einge- halten ist respektive die Berechnung diesbezüglich korrekt ist. Des Weite- ren werden gemäss Art. 45 Abs. 5 BG gewisse Räume wie Einstellräume, Keller-, Estrich- und Trockenräume, Waschküchen, Lingeries, Heiz- und Tankräume, Klimaanlage und dergleichen sowie Leitungs- und Installati-

- 27 - onsschächte von der Anrechenbarkeit ausgenommen. Auch diese Aus- nahmen von der Anrechnung sind bei der Berechnung der BGF der be- stehenden Baute zu berücksichtigen. Aus den Plänen ist mangels Be- schriftung/Einzeichnung nicht ersichtlich, ob im alten Bestand beispiels- weise auch Estriche und/oder Waschküchen vorhanden sind, die nicht anzurechnen wären. Fälschlicherweise angerechnet wurden jedenfalls die Leitungs- und Installationsschächte. Zu Recht nicht angerechnet wurden demgegenüber die Treppenhäuser. d) Der erläuternde Bericht zur ZwVO des ARE zu Art. 1 Abs. 1 ZwVO (S. 3) definiert den Begriff der Wohnung als Gesamtheit der Räume, die eine bauliche Einheit bilden und einen eigenen Zugang entweder von aussen oder von einem gemeinsamen Bereich innerhalb des Gebäudes (Trep- penhaus) haben. Wie den von der Beschwerdegegnerin 2 am 18. bzw. am 20. Februar 2015 eingereichten Plänen zu entnehmen ist, liegen im ersten und zweiten Obergeschoss sowie im Dachgeschoss des beste- henden Wohn- und Geschäftshauses C.\_\_\_\_\_ drei Wohnungen (von der Beschwerdeführerin mit "Wohnung 1, 2 und 3" angeschrieben und gelb bzw. pink koloriert), welche zumindest auf den Plänen den vorstehend formulierten Anforderungen an eine Wohnung genügen. Sie sind nach aussen abgeschlossen und umfassen Wohnräume und Toiletten und – soweit ersichtlich – im ersten Obergeschoss und im Dachgeschoss auch eine Küche. Falls die von der Beschwerdeführerin als "Wohnung Nr. 2" angeschriebene Wohnung im zweiten Obergeschoss keine Küche auf- wies, würde es sich bei dieser Wohnung indes nicht um eine Wohnung gemäss vorsehender Definition handeln. Im Dachgeschoss liegt neben der Wohnung ein vom Doppeltreppenhaus zugängliches separates Zim- mer ohne Küche und ohne Bad/WC (von der Beschwerdeführerin orange koloriert), welches angerechnet wurde. Im zweiten Obergeschoss wurde ein vom Doppeltreppenhaus zugängliches separates Zimmer ohne Küche und ohne Bad/WC (von der Beschwerdeführerin orange koloriert) ange-

- 28 - rechnet. Auch auf der gegenüberliegenden Seite im zweiten Oberge- schoss wurden fünf Zimmer angerechnet (von der Beschwerdeführerin grün koloriert), welche wohl über eine gemeinsame Toilette, nicht aber über eine Küche verfügen. Im ersten Obergeschoss wurden beim Doppel- treppenhaus zwei Zimmer (von der Beschwerdeführerin orange koloriert), eines davon mit Toilette aber ohne Küche, das andere ohne Toilette und ohne Küche, angerechnet. Auf der gegenüberliegenden Hausecke im ers- ten Obergeschoss beim Einfachtreppenhaus wurden zwei Zimmer (von der Beschwerdeführerin grün koloriert) berücksichtigt, welche ein gemein- sames Bad (von der Beschwerdeführerin blau koloriert), aber keine Küche, aufweisen. Die einzelnen Zimmer sind keine Wohnungen, da sie über

keine Kochgelegenheiten und teilweise über keine Toiletten verfü- gen. Sie können somit nicht als anrechenbar für einen altrechtlichen Be- stand an Zweitwohnungsraum dienen. e) Nach den vorstehenden Ausführungen erfasst der alte Bestand im beste- henden Wohn- und Geschäftshaus C. \_\_\_\_\_ lediglich zwei oder maximal drei Wohnungen, sicher aber nicht sieben Wohnungen. Mit dem Projek- tänderungsgesuch vom 5. Juli 2013 (Poststempel) beantragte die Be- schwerdegegnerin 2, dass zwar neu nicht mehr alle, sondern "nur" noch sieben der elf geplanten Wohnungen als Zweitwohnungen genutzt wer- den dürfen. Damit wird aber gegenüber dem bestehenden Zustand die Zahl der Wohneinheiten um vier oder gar fünf Einheiten vergrössert. Die Frage, ob dies zulässig ist oder nicht ist eine solche, für deren Beantwor- tung – gemäss heutigem Stand – Ausführungsrecht unabdingbar wäre, um den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen der Verfassungs- norm von Art. 75b BV definitiv und exakt bestimmen zu können. Das da- mit gemeinte Ausführungsrecht – das Bundesgesetz über Zweitwohnun- gen (ZWG) – ist aber bis heute nicht in Kraft getreten. Damit gilt diesbe- züglich aber nach wie vor das vorsorgliche bundesgerichtliche Baubewilli- gungsverbot bis zum Inkrafttreten des ZWG. Gemäss dem erläuternden

- 29 - Bericht zur ZwVO des ARE zu Art. 4 lit. a ZwVO (S. 10) gilt zudem als Bau auch jede bauliche Veränderung, die zu einer zusätzlichen Wohnung führt. Wohnungen, die nach Art. 3 ZwVO umgenutzt werden, können zwar umgebaut werden, doch dürfen daraus keine zusätzlichen Wohneinheiten gegenüber dem vorigen Zustand resultieren, die neu als Zweitwohnung genutzt werden. Solche Fälle wären nach der – hier nicht explizit an- wendbaren, weil dafür keine Regelung enthaltend – ZwVO nur im Rah- men bewirtschafteter Zweitwohnungen (Art. 4 lit. b ZwVO) zulässig. f) Die beantragte Bewilligung der Errichtung von sieben neuen Zweitwoh- nungen scheitert also, sogar wenn deren Fläche insgesamt den Bestand der – hier nicht nachgewiesenen – vorhandenen altrechtlichen BGF für Zweitwohnungen nicht überstiege, am zur Zeit geltenden befristeten Bau- bewilligungsverbot gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Damit erübrigt sich die Prüfung, ob allenfalls auch ein Verstoss gegen das be- stehende Gesetz über die Kontingentierung von Zweitwohnungen und die Erhebung einer Lenkungsabgabe der Beschwerdegegnerin 1 vorliegt. 8. Es bleibt die Frage zu beantworten, ob angesichts dieser Ausgangslage eine Sistierung des Verfahrens bis zum Inkrafttreten des ZWG – wie von der Beschwerdegegnerin 2 am 4. Mai 2015 erneut beantragt – Sinn macht. Eine allfällige Sistierung würde die Beschwerdeführerin – entge- gen deren Aussage – in keiner Art und Weise beeinträchtigen, da der Be- schwerde R 14 93 ohnehin aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. die prozessleitenden Verfügungen des Instruktionsrichters vom 14. Oktober 2014 und 6. Januar 2015). Zudem wäre das ZWG gemäss Art. 25 Abs. 1 ZWG auf Baugesuche anwendbar, über die nach seinem Inkrafttreten erstinstanzlich oder in einem Beschwerdeverfahren zu entscheiden ist, was vorliegend bei einer Sistierung bis Anfang Januar 2016 offenkundig der Fall wäre. Wie die Beschwerdegegnerin 2 zu Recht ausführt, hat sich zudem die Ausgangslage bezüglich der Frage der Zweitwohnungsnut-

- 30 - zung im Laufe des Beschwerdeverfahrens R 14 93 bzw. seit dem letzten Sistierungsentscheid des Verwaltungsgerichtes vom 28. November 2014 durchaus geändert, zumal die Frist zur Einreichung des Referendums ge- gen das Zweitwohnungsgesetz am 9. Juli 2015 unbenützt abgelaufen ist. Dennoch ist das Gericht der Auffassung, dass im vorliegenden Fall von einer Sistierung Abstand zu nehmen ist. Denn gemäss Art. 11 Abs. 3 ZWG dürfen altrechtliche Wohnungen innerhalb der Bauzonen zwar um maximal 30 % der am 11. März 2012 vorbestehenden Hauptnutzfläche (welche nicht zu verwechseln ist mit

der vorstehend geschilderten alt- rechtlichen – aber nicht nachgewiesenen – zweitwohnungsgenutzten BGF; insbesondere gehören die bei der hier massgeblichen zweitwoh- nungsgenutzten BGF nicht zu berücksichtigenden Zimmer dann natürlich zur Hauptnutzfläche) erweitert werden, sofern keine zusätzlichen Woh- nungen geschaffen werden. Vorliegend steht aber aufgrund der vorste- hend geschilderten unvollständigen BGF-Berechnung der Beschwerde- gegnerin 2 sowie der zu wenig aussagekräftigen Pläne des bestehenden Wohn- und Geschäftshauses C.\_\_\_\_\_ (vgl. vorstehend E.7c) nicht fest, wie gross die vorbestandene Hauptnutzfläche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ZWG ist. Diese Berechnung hätte vor Erteilung der Baubewilligung nach ZWG ohnehin noch zu erfolgen, wobei die Berechnung derselben nach Art. 45 BG zu erfolgen hat. Folglich ist der Antrag der Beschwerdegegne- rin 2 auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens R 14 93 bis zum Inkrafttre- ten des ZWG abzuweisen. 9. a) Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Beschwerde R 12 133 insoweit gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 3., mitgeteilt am 5. September 2012, aufzuheben ist, als die Beschwerde nicht durch Anerkennung seitens der Beschwerdegegnerinnen hinfällig geworden ist. Gänzlich gutzuheissen ist die Beschwerde R 14 93, was zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses vom 26. August, mitgeteilt am 3. September 2014, führt.

- 31 - b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG je zur Hälfte zulasten der Beschwerdegegnerin- nen 1 und 2. Gemäss Art. 78 Abs. 1 VRG wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen. Die Beschwerdegegne- rinnen 1 und 2 haben daher die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin aussergerichtlich zu entschädigen. Die am 22. Januar 2015 von der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin eingereichte Honorarnote von gesamthaft Fr. 10'181.15 (37.02 h x Fr. 250.-- [= Fr. 9'255.--] zuzüglich Spesen [= Fr. 172.--] und 8 % MWST von Fr. 9'427.-- [= Fr. 754.15]) kann übernommen werden. Die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 haben die Beschwerdeführerin somit aussergerichtlich je zur Hälfte mit Fr. 10'181.15 (inkl. MWST) zu entschädigen. Demnach erkennt das Gericht:

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