

# GR\_GERICHTE R 2016 47 vom 6. Dezember 2016

GR Gerichte, 2016-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2016\\_47](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2016_47)

FR: GR\_GERICHTE R 2016 47 du 6 décembre 2016

IT: GR\_GERICHTE R 2016 47 del 6 dicembre 2016

## Regeste

Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes | Baurecht

## Erwägungen

### E. 5

Kammer Vorsitz Meisser RichterIn Audétat, Moser Aktuarin ad hoc Janka URTEIL vom 6. Dezember 2016 in der verwaltungsrechtlichen Streitsache Eheleute A.\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Adrian Scarpatetti, Beschwerdeführer gegen Gemeinde X.\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Casanova, Beschwerdegegnerin und Eheleute B.\_\_\_\_\_, Beschwerdegegner betreffend Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes

- 2 - 1. Die Gemeinde X.\_\_\_\_\_ bewilligte den Eheleuten A.\_\_\_\_\_ am 4., mitgeteilt am 5. Februar 2015, u.a. den Neubau eines Einfamilienhauses auf Parzelle 1837. 2. Am 6. November 2015 reichten die Eheleute B.\_\_\_\_\_, Eigentümer von Parzelle 1836 in X.\_\_\_\_\_, ein als "Einsprache betreffend Geländer" bezeichnetes Schreiben ein. Sie hätten ihren Nachbarn, den Eheleuten A.\_\_\_\_\_ (Eigentümer von Parzelle 1837) erlaubt, eine Mauer angrenzend an ihre Parzelle 1836 bauen zu können. Darauf sei von den Eheleuten A.\_\_\_\_\_ nun ohne Bewilligung ein Geländer errichtet worden. Sie erwarteten, dass das Bauvorhaben geprüft werde. 3. Die Eheleute A.\_\_\_\_\_ wurden am 11. November 2015 von der Gemeinde aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen. Am 20. November 2015 beantragten sie, die Einsprache vom 6. November 2015 sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Eventualiter sei ihnen für die Anbringung der Absturzsicherung eine Ausnahmegewilligung gemäss kommunalem Baugesetz zu erteilen. 4. Nach der Durchführung eines Augenscheins, an welchem keine einvernehmliche Lösung erzielt werden konnte, forderte die Gemeinde am 28. Januar 2016 Eheleute A.\_\_\_\_\_ auf, innert 20 Tagen ein Baugesuch für das angebrachte Geländer einzureichen. Es bestünden konkrete Anzeichen dafür, dass diesbezüglich materiell und formell ein rechtswidriger Zustand bestehe. Dieser Aufforderung kamen die Eheleute A.\_\_\_\_\_ am

### E. 9

März 2016 nach. 5. Am 21. März 2016 wies die Baukommission X.\_\_\_\_\_ das am 9. März 2016 eingereichte Baugesuch für die Erstellung eines Geländers/Zauns auf der Grenzmauer wegen Nichteinhaltung des Raumplanungsgesetzes für den Kanton Graubünden ab, ebenso das Gesuch zur Erteilung einer

- 3 - Ausnahmegewilligung. Bezüglich des Geländers/Zauns forderte die Gemeinde die Eheleute A.\_\_\_\_\_ auf, innert 30 Tagen aufzuzeigen, wie sie gedächten, einen rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Die Durchführung eines separaten Bussverfahrens bleibe vorbehalten. Gegen diesen Entscheid der Baukommission könne innert 20 Tagen seit der

Mitteilung beim Gemeindevorstand schriftlich Beschwerde eingereicht werden. Dieser Entscheid erwuchs in der Folge unangefochten in Rechtskraft. 6. Die mittlerweile anwaltlich vertretenen Eheleute A.\_\_\_\_\_ ersuchten am

## **E. 12**

Die Beschwerdegegnerin hielt am 22. November 2016 duplicando an ihren Anträgen fest. Er wies darauf hin, dass der Beschwerdeführer die Replik am 11. November 2016 verspätet eingereicht hat.

- 5 - Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften sowie in der angefochtenen Verfügung vom 23. Juni 2016 wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. a) Zunächst gilt es zu prüfen, ob die Replik vom 31. Oktober, mit Poststempel vom 11. November 2016, im vorliegenden Verfahren beachtlich ist. Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Replik vom 11. November 2016 sei aus dem Recht zu weisen, da sie verspätet eingereicht worden sei. Versäumte Fristen könnten nur wiederhergestellt werden, wenn diese aufgrund eines unverschuldeten Hindernisses nicht eingehalten hätten werden können. Derartige Gründe mache der Beschwerdeführer nicht geltend und ein Wiederherstellungsgesuch sei nicht eingereicht worden. b) Das vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelte Replikrecht stellt laut Bundesgericht einen allgemeinen Verfahrensgrundsatz dar, der aufgrund von Art. 29 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Bundesverfassung (BV; SR 220) in allen gerichtlichen Verfahren anwendbar ist (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 8C\_104/2012 vom 26. Juni 2012 E.3.1; BGE 133 I 100 E.4.6). Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Diese Garantien umfassen das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (vgl. BGE 137 I 195 E.2.3.1; BGE 133 I 100 E. 4.3-4.7). Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob

- 6 - eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht (vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte Nideröst-Huber gegen Schweiz vom 18. Februar 1997, Recueil CourEDH 1997-I S. 101 § 29; BGE 138 I 484 E.2.1). Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht dieses Replikrecht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt worden ist. Eine Beschwerdeergänzung in der Replik ist nur dann zulässig, als die Ausführungen in der Vernehmlassung dazu Anlass geben. Hätte der Beschwerdeführer bereits Anträge und Rügen in der Beschwerde geltend machen können, so kann er diese nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr vorbringen (vgl. dazu BGE 132 I 42 E.3.3.3 und E.3.3.4 und BGE 133 I 98 2.2). Dabei wird erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung erhält und dazu Stellung nehmen will, dies umgehend tut oder zumindest beantragt. Ansonsten wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (vgl. BGE 133 I 100 E.4.8 m.w.H.; vgl. zuletzt Urteil des Bundesgerichts 5A\_42/2011 vom 21. März 2011 E.2.2.2 m.w.H., in: Pra 2011 Nr. 92). c) Die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 26. Dezember 2016 wurde der Beschwerdeführerin am 27. September 2016 zur Stellungnahme zugestellt (vgl. Korrespondenz des Verwaltungsgerichts [act.] D.4). Innert erstreckter Frist (1. November 2016) ging beim

streitberufenen Ge- richt keine solche ein, weshalb der Instruktionsrichter mittels prozesslei- tender Verfügung vom 10. November 2016 den Schriftenwechsel als ab- geschlossen erklärte (vgl. act. D.6 und D.7). Der Beschwerdeführer reich- te dennoch am 11. November 2016 eine Replik ein, verbunden mit dem Ersuchen, diese trotz Verspätung in die Verfahrensakten aufzunehmen. d) Vor diesem Hintergrund ist zu unterscheiden, ob es überhaupt zulässig ist, eine Prozesseingabe verspätet einzureichen und inwieweit deren In-

- 7 - halt im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen ist. Die Frage der Zulässigkeit kann jedoch vorliegend offen gelassen werden. Denn die Eingabe weist inhaltlich keine Bemerkungen zum Rückweisungsantrag der Beschwerdegegnerin auf, weshalb auf die verspätete Replik in die- sem Verfahren gar nicht abgestellt werden muss. Ausserdem beanstan- det die Beschwerdegegnerin nicht, dass der Beschwerdeführer seine Möglichkeit zur Stellungnahme dazu verwendet habe, seine Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern. Aufgrund der soeben gemachten Aus- führungen erübrigt es sich, die verspätet eingereichte Replik in diesem Verfahren aus dem Recht zu weisen. 2. a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechts- pflege (VRG; BR 370.100) beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen Entscheide von Gemeinden, soweit diese nicht bei einer anderen Instanz angefochten werden können oder nach kantonalem oder eid- genössischem Recht endgültig sind. Nachdem die Baukommission in der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid verfügt hat, gegen diesen Entscheid könne innert 30 Tagen seit Zustellung beim Verwal- tungsgericht des Kantons Graubünden Beschwerde erhoben werden, gilt es zu klären, ob diese Rechtsmittelbelehrung zu Recht erfolgt ist und die- ser somit bei keiner anderen Instanz angefochten werden kann. b) Art. 2 des kommunalen Baugesetzes (BG; Nr. 000.300) bezeichnet den Gemeindevorstand und die Baukommission als Baubehörden. Die Bau- kommission ist für sämtliche Verfügungen und Entscheide zuständig, wel- che das Gesetz nicht ausdrücklich dem Gemeindevorstand zuweist. Die unter dem Titel "V. Baubewilligungsverfahren" stehenden Art. 70 und Art. 77 BG regeln sodann wie folgt: Art. 70 Grundsatz Das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach kantonalem Recht. Der Gemeindevorstand ist Beschwerdeinstanz für Entscheide der Baukommission. Die Beschwerdefrist beträgt 20 Tage seit Mitteilung. Art. 77 Verantwortlichkeit

- 8 - Das Verfahren Die Verantwortlichkeit, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, das Bussverfah- ren sowie das Rechtsmittelverfahren richten sich nach kantonalem Recht. c) Die Beschwerdegegnerin bringt diesbezüglich vor, in der angefochtenen Verfügung sei in der Rechtsmittelbelehrung aufgeführt worden, dass da- gegen innert 30 Tagen beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden könne. Diese Rechtsmittelbelehrung sei in der Annahme erfolgt, dass sich eine Verfügung betreffend Wiederherstellung des rechtmässi- gen Zustandes auf Art. 77 des kommunalen Baugesetzes stütze. Dem- nach richte sich das Rechtsmittelverfahren nach kantonalem Recht und somit nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege. Danach beur- teile das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen Entscheide von Ge- meinden, soweit diese nicht bei einer anderen Instanz angefochten wer- den könnten oder nach kantonalen oder eidgenössischen Recht endgültig seien. Im Zusammenhang mit einem parallel laufenden Verfahren habe das Verwaltungsgericht am 4. August 2016 allerdings zwei Verfügungen (R 16 42 und R 16 43) erlassen, in denen es entschieden habe, für Buss- verfügungen, welche ebenfalls in Art. 77 BG erwähnt seien, gebe es eine gemeindeinterne Beschwerdemöglichkeit. In Art. 70 BG sei vorgesehen, dass in der Gemeinde auch für das

Bussverfahren eine gemeindeinterne Beschwerdemöglichkeit an den Gemeindevorstand vorgesehen sei. Da das Verfahren betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ebenfalls in Art. 77 BG aufgeführt werde, hätten die Ausführungen des Verwaltungsgerichts diesbezüglich ebenfalls Geltung. d) Das kommunale Baugesetz sieht – wie gesehen – eine Aufgabenteilung zwischen dem Gemeindevorstand und der Baukommission vor. Dabei ist die Baukommission für sämtliche Verfügungen und Entscheide zuständig, welche das Gesetz nicht ausdrücklich dem Gemeindevorstand zuweist (vgl. Art. 2 BG). Die Entscheide der Baukommission können sodann innerhalb 20 Tagen mit Beschwerde beim Gemeindevorstand angefochten werden (vgl. Art. 70 BG). Faktisch ist der Gemeindevorstand der Baukommission somit übergeordnet und übt durch die Funktion als Be-

- 9 - schwerdeinstanz eine Aufsichtsfunktion aus. Art. 77 BG, welcher u.a. für das Wiederstellungsverfahren auf das kantonale Recht verweist, ist systematisch dem Kapitel "V. Baubewilligungsverfahren" zugeordnet. Dem gleichen Kapitel zugeordnet ist auch Art. 70 BG, welcher den Gemeindevorstand als Beschwerdeinstanz für Entscheide der Baukommission bezeichnet. Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, weshalb es für Wiederstellungsverfügungen – im Gegensatz zu allen übrigen Verfügungen der Baukommission – keine gemeindeinterne Beschwerdemöglichkeit geben soll. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb Art. 70 BG nur auf Baubewilligungsverfahren, nicht aber auch auf Wiederstellungsverfahren anwendbar sein soll. Es trifft zwar zu, dass sich das Wiederstellungsverfahren nach kantonalem Recht richtet und dieses keine Einspracheinstanz auf kommunaler Ebene vorsieht. Dies vermag aber nichts an der Tatsache zu ändern, dass das kommunale Recht in Art. 70 BG eine – auch auf das Wiederstellungsverfahren anwendbare – gemeindeinterne Beschwerdemöglichkeit an den Gemeindevorstand vorsieht, wie das die Beschwerdegegnerin nun in ihrer Vernehmlassung vom 26. September 2016 auch korrekt darlegt (vgl. dazu auch die Verfügungen in den Verfahren R 16 42 und R 16 43 für den analogen Fall betreffend Bussverfahren). Dementsprechend ist aber die von den Beschwerdeführern beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhobene Beschwerde vom 21. Juli 2016 nicht vom Verwaltungsgericht, sondern vom Gemeindevorstand der Gemeinde X.\_\_\_\_\_ zu beurteilen. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten und die Angelegenheit ist an den Gemeindevorstand X.\_\_\_\_\_ als Beschwerdeinstanz zurückzuweisen. 3. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rechtsmittelbelehrung gestützt auf Art. 70 und Art. 77 BG durch die Baukommission zu Unrecht erfolgt ist. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten und die Angelegenheit ist deshalb dem beschwerdegegnerischen Antrag entspre-

- 10 - chend der zuständigen kommunalen Beschwerdeinstanz (Gemeindevorstand X.\_\_\_\_\_) zur Beurteilung zurückzuweisen. 4. Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer haben hinsichtlich der Entschädigungsfolgen trotz des Verfahrensausganges als obsiegend zu gelten. Denn die Beschwerdegegnerin selbst hat im angefochtenen Entscheide eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung angefügt und das vorliegende Verfahren veranlasst. Sie wird somit kostenpflichtig (Art. 72 Abs. 1 VRG). Zudem hat die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 78 Abs. 1 VRG die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer aussergerichtlich zu entschädigen. Diesbezüglich ist grundsätzlich auf die Honorarnote des beschwerdeführerischen Rechtsvertreters vom 11. November 2016 abzustellen. Allerdings hat er auch Positionen einberechnet, welche vor Erlass der angefochtenen Verfügung Ende

Juni 2016 bei ihm entstanden sind. Massgeblich sind deshalb die ab dem 1. Juli 2016 angefallenen Leistungen, welche – infolge falscher Rechtsmittelbelehrung – bis zum Zeitpunkt der Einreichung der Vernehmlassung vom 26. September 2016 angefallen sind. Denn durch den beschwerdegegnerischen Antrag in der Vernehmlassung vom 26. September 2016 auf Rückweisung der Angelegenheit, wurden weitere Äusserungen obsolet. Deshalb ist die aussergerichtliche Entschädigung gemäss richterlichem Ermessen auf Fr. 1'600.-- (inkl. MWST) pauschal festzulegen und geht zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Anzumerken ist noch, dass in dieser aussergerichtlichen Entschädigung – entgegen dem Antrag des beschwerdeführerischen Rechtsvertreters – entsprechend der Praxis des Verwaltungsgerichts lediglich eine dreiprozentige Spesenpauschale enthalten ist. Demnach erkennt das Gericht:

- 11 -

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