

# **GR\_GERICHTE R 2018 13 vom 5. Oktober 2018**

GR Gerichte, 2018-10-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2018\\_13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2018_13)

FR: GR\_GERICHTE R 2018 13 du 5 octobre 2018

IT: GR\_GERICHTE R 2018 13 del 5 ottobre 2018

## **Regeste**

Baugesuch | Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 5**

Am 30., mitgeteilt am 31. Januar 2018, lehnte der Gemeindevorstand gestützt auf den Antrag der vorprüfenden Baukommission das als Wiedererwägungsgesuch entgegengenommene Projektänderungsgesuch vom 5. Januar 2018 ab. Der Gemeindevorstand erwog insbesondere, dass die Bauberaterin der Schaffung einer Dachterrasse nach wie vor negativ gegenüberstehe. Wie die dem Projektänderungsgesuch beigelegte Fotodokumentation zeige, hätten die betreffenden Bauteile in den meisten Fällen einen negativen Einfluss auf das Ortsbild der Gemeinde, weshalb die Baukommission und die Baubehörde in Zukunft viel sensibler auf die Erstellung solcher Bauelemente reagieren müssten.

- 3 -

### **E. 6**

Dagegen erhob A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) am 7. März 2018 Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit folgenden Anträgen: " 1. Der Beschluss des Gemeindevorstandes vom 31. Januar 2018 sei aufzuheben. 2. Die Baubewilligung für die Dachterrasse sei zu erteilen. 3. Eventuell sei der Beschluss des Gemeindevorstandes vom 31. Januar 2018 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Baubewilligungsverfahren durchzuführen und das Baugesuch materiell zu behandeln. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin." Im Wesentlichen machte die Beschwerdeführerin geltend, die Gestaltungsvorschriften seien eingehalten. Zudem berief sie sich auf bereits bewilligte Beispiele solcher Bauteile in der Gemeinde.

### **E. 7**

Am 12. März 2018 unterbreitete die Beschwerdeführerin dem Gemeindevorstand einen Vergleichsvorschlag, die Baubewilligung für die Dachterrasse unter Auflagen zu erteilen, woraufhin der Gemeindevorstand, nach Anhörung der Baukommission, am 3. April 2018 der Beschwerdeführerin eine Absage erteilte.

### **E. 8**

In der Vernehmlassung vom 23. April 2018 beantragte die Gemeinde (Beschwerdegegnerin) die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Sie trug insbesondere vor, bei der in der Kernzone liegenden, erhaltenswerten Chesa B.\_\_\_\_\_ gälten erhöhte gestalterische Anforderungen. Die Bauberaterin habe eine negative Empfehlung abgegeben.

Da die baugesetzlichen Bestimmungen nicht erfüllt seien, müsse auch keine Interessenabwägung vorgenommen werden. Die Berufung auf die frühere Praxis der Gemeinde zu Dachterrassen sei unbegründet.

#### **E. 9**

Mit prozessleitender Verfügung vom 24. April 2018 schloss der Instruktionssrichter den Schriftenwechsel ab, unter Einräumung einer Frist bis zum 7. Mai 2018 an die Beschwerdeführerin zur Einreichung einer freigestellten Stellungnahme.

- 4 -

#### **E. 10**

Am 3. Mai 2018 zog die Beschwerdeführerin replicando ihren Eventualbegehren in Ziff. 3 der Beschwerde zurück, sie hielt an ihren übrigen Anträgen fest und vertiefte ihre Argumentation.

#### **E. 11**

Am 7. Mai 2018 hielt die Beschwerdegegnerin duplicando an ihren Anträgen fest und erläuterte ihren Standpunkt.

#### **E. 12**

Am 17. Mai 2018 fand in Anwesenheit der Parteien, ihrer Vertreter und der Bauberaterin ein Augenschein statt. Zum Augenscheinprotokoll äusserte sich die Beschwerdegegnerin am 4. Juni 2018 und die Beschwerdeführerin am 12. Juni 2018. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften sowie auf den angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.1. Angefochten ist vorliegend der Baubeschluss vom 30., mitgeteilt am 31. Januar 2018, mit welchem die Beschwerdegegnerin das Projektänderungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 5. Januar 2018 zur Erstellung einer Dachterrasse auf der Chesa B. \_\_\_\_\_ auf Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ abwies. Dieser Entscheid ist weder endgültig noch kann er bei einer anderen Instanz angefochten werden, weshalb er in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden fällt (Art. 49 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; BR 370.100]). Als Bauherrin und Adressatin des ablehnenden Baubeschlusses ist die Beschwerdeführerin berührt und weist ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung bzw. Änderung auf (Art. 50 VRG). Auf die zudem frist- und formgerecht (Art. 52 Abs. 1 und Art. 38 VRG) eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

- 5 - 1.2. Die Beschwerdegegnerin hat in der Vernehmlassung eingeräumt, dass es sich beim Baugesuch vom 5. Januar 2018 nicht um ein Wiedererwägungsgesuch, sondern um ein Baugesuch um Änderung des am 30. Juni 2017 rechtskräftig bewilligten Umbauprojekts. Wie von der Beschwerdeführerin durch Rückzug ihres Eventualbegehrens auf Rückweisung und Behandlung des Baugesuchs vom 5. Januar 2018 anerkannt, ist der angefochtene Baubescheid deswegen aber nicht aufzuheben und zurückzuweisen. Mit dem hier strittigen Abänderungsgesuch vom 5. Januar 2018 haben sich die Baukommission und der Gemeindevorstand im Übrigen materiell auseinandergesetzt, weshalb eine Rückweisung ein prozessualer Leerlauf wäre, der von den Parteien auch nicht gewünscht ist. 1.3.1. Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht, dass der Entscheid bereits infolge der Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben sei, da als Ablehnungsgrund bloss ein Telefonat des Bausekretariats mit der Bauberaterin gedient habe. Die Beurteilung der

Bauberaterin nach Art. 93 Abs. 5 des kommunalen Baugesetzes (BG) fehle. Dieser Mangel werde nicht dadurch geheilt, dass sich die Bauberaterin bereits im Gutachten vom 24. April 2017 gegen die ursprünglich geplante, 64 m<sup>2</sup> grosse Dachterrasse und sonst in genereller Weise gegen Dachterrassen ausgesprochen habe.

1.3.2. Die Bauberaterin, dipl. Arch. ETH/SIA D.\_\_\_\_\_, gab zwar keinen Bericht zum Projektänderungsgesuch vom 5. Januar 2018 ab, sie hat aber ihre Einschätzung zu Dachterrassen und zur ursprünglich geplanten Dachterrasse von 64 m<sup>2</sup> bereits in ihrem Bericht vom 24. April 2017 (BG-act. 2) im Rahmen des ersten Baugesuchs zum Umbau der Chesa B.\_\_\_\_\_ geäussert und diese im Hinblick auf die vorliegend zur Diskussion stehende Dachterrasse von 30 m<sup>2</sup> anlässlich des Augenscheins vom 17. Mai 2018 präzisiert. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit geheilt.

1.3.3. Angesichts der bereits hinreichend geäusserten Facheinschätzung erscheint dem Gericht die Einholung eines detaillierten Berichts hinsichtlich

- 6 - der strittigen Dachterrasse bei der Bauberaterin – wie von der Beschwerdegegnerin beantragt – in antizipierter Beweiswürdigung nicht notwendig.

2. Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht den Bau einer Dachterrasse auf der Chesa B.\_\_\_\_\_ aus gestalterischen Gründen verweigert hat.

3.1. Nach Art. 73 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes für den Kanton Graubünden (KRG; BR 801.100) sind Siedlungen, Bauten und Anlagen nach den Regeln der Baukunst so zu gestalten und einzuordnen, dass mit der Umgebung und der Landschaft eine gute Gesamtwirkung entsteht. In der hier einschlägigen Dorfkernzone sind Siedlungsstruktur und Bauweise zu erhalten und zu ergänzen. Neubauten, Umbauten und Erweiterungen bestehender Bauten haben sich bezüglich Höhe, Stellung, Proportionen, Dachform und Gestaltung in die bestehende Siedlung einzufügen (Art. 69 Abs. 2 BG). Die Chesa B.\_\_\_\_\_, worauf die Dachterrasse realisiert werden soll, ist unbestritten erhaltenswert. Als erhaltenswerte Bauten bezeichnet der Generelle Gestaltungsplan Bauten, die wegen ihrer Stellung, Architektur und Bausubstanz von siedlungsbaulichem und bauhistorischem Wert sind. Sie dürfen nicht abgebrochen werden. Bei Erneuerungen und Umbauten ist die wichtige historische Bausubstanz und Grundstruktur des Gebäudes im Wesentlichen zu erhalten (Art. 93 Abs. 2 BG). Laut Art. 93 Abs. 5 BG sind unter anderem Bauvorhaben an erhaltenswerten Bauten gemäss Abs. 2 der Baubehörde vor der Ausarbeitung eines Bauprojektes zu melden. Eine von der Baubehörde bezeichnete ausgewiesene Fachperson beurteilt die Bauvorhaben, hält den Befund in einem schriftlichen Bericht fest und formuliert unter Berücksichtigung der Zielsetzungen nach unter anderem Abs. 2, Empfehlungen für allenfalls notwendige Schutzmassnahmen bzw. Anordnungen. Die Baubehörde kann die Denkmalpflege beziehen. Gestützt auf diesen Bericht legt die Baubehörde nach Anhörung der Eigentümerin die Randbedingungen sowie die Beurtei-

- 7 - lungskriterien für das Bauvorhaben in einer anfechtbaren Verfügung fest und bestimmt dabei insbesondere, welche Gebäudeteile zu erhalten und welche beseitigt werden dürfen. Bei sämtlichen Massnahmen und Anordnungen ist nach Möglichkeit den Nutzungsabsichten der Grundeigentümerin Rechnung zu tragen.

3.2. Laut der Beschwerdeführerin seien die Gestaltungsvorschriften eingehalten. Das bestehende Flachdach werde grundsätzlich erhalten, aber aus ortsbaulichen Gründen etwas abgesenkt. Gegen aussen zu sehen sei lediglich ein filigraner Handlauf, der 35 cm über das Dach hinausragt. Die Dachterrasse sei vom Dachrand zurückversetzt und trete visuell gegenüber dem öffentlichen Raum nicht in Erscheinung. Durch die Einstufung der Chesa B.\_\_\_\_\_ als

erhaltenswert würden die Anforderungen an die Dachgestaltung keineswegs erhöht. Wie aus der Foto-dokumentation und den editierten Baubewilligungen für Dachterrassen ersichtlich, habe die Beschwerdegegnerin bisher auch keinen Unterschied gemacht, ob ein Gebäude erhaltens- oder gar schützenswert sei. Die Vergleichsbeispiele seien nach den allgemeinen gestalterischen Vorschriften von Art. 73 Abs. 1 KRG beurteilt worden. Die geplante Dachterrasse hebe sich von den bewilligten Vergleichsbeispielen positiv ab. Eine optimale Gesamtwirkung dürfe nicht verlangt werden. Die Beschwerdegegnerin habe bei der Auslegung der Ästhetikfrage ihren Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten. Vorliegend gehe es auch um Gleichbehandlung in der Anwendung von gesetztem Recht. Die Bewilligungspraxis der Gemeinde habe lange gedauert. Schlechte Beispiele von Dachterrassen seien untauglich, neue rechtskonforme Projekte zu verhindern. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, schon die Zonenvorschrift für die Dorfkernzone (Art. 69 BG) verlange, dass die nach aussen in Erscheinung tretenden, baulichen Veränderungen erhöhten gestalterischen Vorgaben zu genügen hätten. Darüber hinaus sei die Chesa B.\_\_\_\_\_ erhaltenswert im Sinne von Art. 93. Abs. 2 BG. Dadurch würden die Anforderun-

- 8 - gen an die nach aussen in Erscheinung tretenden Veränderungen gegenüber den allgemeinen gestalterischen Vorschriften von Art. 73 KRG erhöht. Die gemäss Art. 93 Abs. 5 BG zwingend beizuziehende Bauberaterin habe in ihrem Bericht vom 24. April 2017 zu der schon damals in Erwägung gezogenen Dachterrasse insbesondere ausgeführt, dass nicht nur die Terrassenkonstruktion an sich, sondern auch die Ausstattung bzw. Möblierung ein Problem für die Umgebung sei. Zudem seien Dachterrassen im historischen Dorfkern völlig fremd. In den Kerngebieten von X.\_\_\_\_\_ sei zu keiner Zeit auf Terrassen gewohnt worden. Da die baugesetzlichen Voraussetzungen für eine Baubewilligungserteilung nicht gegeben seien, bleibe auch kein Raum für eine Interessenabwägung. Die Berufung auf eine angeblich bestehende Praxis zu Dachterrassen helfe nicht weiter, zumal es grundsätzlich keine Gleichbehandlung im Unrecht gebe. Des Weiteren könne auch nicht von einer largen Praxis gesprochen werden, da die Baubehörde in vergleichbarer Lage Dachterrassen die Bewilligung versagt habe, so z.B. 2014 im Falle des Umbaus E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_. Infolge des Gutachtens der Bauberaterin vom 24. April 2017 habe der Gemeindevorstand seine frühere Praxis überdacht und beschlossen, die gestalterischen Bestimmungen zumindest in der Dorfkernzone streng zu handhaben. Deshalb spiele es keine Rolle, wie früher entschieden worden sei. Im Übrigen taugten weder die von der Beschwerdeführerin angeführten Chesa G.\_\_\_\_\_ noch das H.\_\_\_\_\_ als Vergleichsobjekte. Die vorliegend geplante Dachterrasse wäre nämlich völlig ausgestellt und nur durch den Dachgiebel der benachbarten Chesa C.\_\_\_\_\_ begrenzt, wogegen sich die anderen Terrassen an die auf diesem Geschoss schon bestehenden Gebäudeteilen anlehnten. Im Bereich der schützenswerten Chesa C.\_\_\_\_\_ wirkten Dachterrassen ohnehin in höchstem Masse störend, nicht zuletzt auch wegen der unterschiedlichen Silhouette (hier Giebeldach, dort Flachdach). 3.3. Vorab ist übereinstimmend mit der Beschwerdegegnerin festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin die Berufung auf eine kommunale Praxis zu Dach-

- 9 - terrassen, insbesondere auf die auf der Chesa G.\_\_\_\_\_ am 31. März 2010 bewilligte und realisierte Dachterrasse nicht weiter hilft, zumal die Beschwerdegegnerin infolge des Gutachtens der Bauberaterin vom 24. April 2017 klargestellt hat, dass sie die gestalterischen Vorschriften im Bereich der Dorfkernzone streng handhaben will. Indessen

sprechen sich weder die Beschwerdegegnerin noch die Bauberaterin für ein kategorisches Verbot von Dachterrassen im historischen Dorfkern aus. Nachfolgend zu untersuchen ist, ob die Beschwerdegegnerin im hier strittigen, ablehnenden Entscheid in Anwendung einer strengen Interpretation der Gestaltungsvorschriften den Grundsatz der Verhältnismässigkeit noch einhält oder ihr Ermessen überschreitet. Erweist sich der Entscheid der Beschwerdegegnerin hingegen als nachvollziehbar, beruht er mithin auf einer vertretbaren Würdigung der massgebenden Sachumstände, so hat das Gericht diesen zu respektieren und darf das Ermessen der kommunalen Behörde nicht durch ihr eigenes ersetzen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C\_434/2012 vom 28. März 2013 E.3.3, 1C\_39/2012 vom 2. Mai 2012 E.2.3.2 und 1C\_414/2010 vom 23. Dezember 2010 E.2.3.2). Eine Angemessenheitskontrolle darf das Gericht somit nicht vornehmen (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a VRG). 3.4. Die Bauberaterin brachte anlässlich des Augenscheins unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Erstellung einer Dachterrasse in der Dorfkernzone ausnahmsweise in Erwägung gezogen werden könnte, wenn keine Einsicht darin bestehe bzw. die Dachterrasse versteckt bleibe, wie dies z.B. beim Hotel F.\_\_\_\_\_ der Fall sei. Gestützt auch auf die Erkenntnisse des Augenscheins geht das Gericht davon aus, dass die von der Bauberaterin erwähnten Kriterien auch auf die hier umstrittene Dachterrasse zutreffen: Vom öffentlichen Grund aus besteht einzig von der zum Teil bewaldeten, oberhalb des Dorfes gelegenen Fläche – die, soweit ersichtlich, von keinen bedeutenden Wanderwegen durchquert wird – spärlich Einsicht auf die geplante Dachterrasse. Dass die Dachterrasse zudem vom als "Residence" ausgebauten H.\_\_\_\_\_ einsehbar ist, wie auch im Bericht der Bauberaterin

- 10 - vom 24. April 2017 (BG-act. 2) erwähnt, ist irrelevant, zumal das H.\_\_\_\_\_ selbst auch über eine Dachterrasse verfügt. Weiter wird die Dachterrasse von privaten Gebäuden, wie von einigen Fenstern des Hotels I.\_\_\_\_\_ aus, einsehbar sein, was aber nicht in erheblicher Weise ins Gewicht fällt. Daraus kann geschlossen werden, dass die Dachterrasse versteckt bleibt und ästhetische Gründe somit auch keine entscheidende Rolle spielen dürfen, zumal auch, wie es nachfolgend noch aufgezeigt wird, weniger die für die Erstellung der Dachterrasse geplanten, baulichen Massnahmen – die äusserst marginal durch einen filigranen Handlauf in Erscheinung treten werden –, sondern vielmehr die nachfolgende Benutzung und zu erwartende Möblierung der Dachterrasse – der aber mit Auflagen begegnet werden kann – im Vordergrund steht. 3.5. Die Bauberaterin nennt verschiedene Gründe, weshalb die vorliegende Dachterrasse nicht gebaut werden sollte: Zum einen werde die Dachterrasse auf dem Dach der erhaltenswerten Chesa B.\_\_\_\_\_ und neben der schützenswerten C.\_\_\_\_\_ erstellt, wobei es in X.\_\_\_\_\_ nur noch wenige solcher schützenswerten Häuser gebe. Zudem seien Dachflächen im historischen Dorfkern nicht als Dachterrassen konzipiert und völlig fremd. Weiter bestehe hier im Gegensatz zum H.\_\_\_\_\_, bei dem sich die Fassade des Attikageschosses auf dem Flachdach befinde, kein Hintergrund und kein Unterbruch. Die Terrasse sei ausgestellt. Dazu ist festzustellen, dass es hier um eine 30 m<sup>2</sup> grosse, vom Dachrand zurückversetzte Dachterrasse geht, worauf eine bedeutende Einsicht vom öffentlichen und privaten Grund, wie erwähnt, praktisch ausgeschlossen bleibt. Die Einfügung in die bestehende, umliegende Siedlung – die zum Teil bereits durch diverse Häuser mit Dacheinschnitten und mindestens zwei Dachterrassen gekennzeichnet ist (vgl. BG-act. 5/BF-act. 7) – und damit die Entstehung einer guten Gesamtwirkung können erreicht werden, selbst wenn reine Dachterrassen im Dorfkern fremd sind. Insoweit kann wohl nicht entscheidend sein, dass die vorliegende Terrasse, wie von der Bauberaterin und der Beschwerdegegnerin vorgetragen, "nur" durch den

- 11 - Dachgiebel der schützenswerten Chesa C.\_\_\_\_\_ und nicht etwa durch eine bestehende Fassade bzw. einen Gebäudeteil im Hintergrund begrenzt ist. Dies auch deshalb, weil von oben aus dem Luftraum – d.h. aus der einzigen Perspektive, die massgeblich Einsicht auf die Dachterrasse ermöglicht – dieser architektonische Aspekt wohl kaum auffallen wird. Durch Anbringung eines filigranen Geländes auf einer niedrig gehaltenen Brüstung (vgl. BF-act. 6) wird im Übrigen auch nicht in die Bebauungsstruktur der erhaltenen Chesa B.\_\_\_\_\_ eingegriffen. Da die Chesa B.\_\_\_\_\_ bereits ein Flachdach aufweist, ist ausserdem nicht ersichtlich, inwieweit die Dachterrasse die Schutzinteressen der unmittelbar angrenzenden, schützenswerten Chesa C.\_\_\_\_\_ tangieren sollte. Was schliesslich die von der Beschwerdegegnerin und der Bauberaterin angeführte Problematik der nachträglichen Benutzung der Dachterrasse (Aufstellen von Sichtschutzmassnahmen oder Möblierung und dgl.) und das folgende Risiko einer Ausuferung anbelangt, wie es bei der Chesa G.\_\_\_\_\_ festgestellt werden konnte, so erscheint dem Gericht durchaus möglich, dieser Problematik durch entsprechende, im Grundbuch anmerkbare Auflagen entgegenzuwirken. Durch solche Auflagen dürfte auch aus dem Luftraum betrachtet eine gute Gesamtwirkung des Dorfes entstehen. Wie die Auflagen im Einzelnen auszugestalten sind, wird es der Beschwerdegegnerin überlassen. 4. Zusammenfassend gelangt das Gericht zum Schluss, dass die Verweigerung der Nutzung des Flachdaches der Chesa B.\_\_\_\_\_ als Dachterrasse aufgrund des feinen, beabsichtigten Geländers, der marginalen Sicht darauf und der Möglichkeit, die Benutzung der Dachterrasse mittels Auflagen zu regeln, unverhältnismässig ist, weshalb die Baubewilligung für die Erstellung der nachgesuchten Dachterrasse von der Beschwerdegegnerin zu erteilen ist. Die Erteilung der Baubewilligung erfolgt wohlgermerkt für den konkreten Einzelfall, ohne Präjudizierungscharakter für allfällige zukünftige, gleich gelagerte Fälle in der betreffenden Dorfkernzone. Der angefochtene, ablehnende Beschluss ist demnach in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zur

- 12 - Erteilung der Baubewilligung für die nachgesuchte Dachterrasse unter den nötigen Auflagen zurückgewiesen. 5. Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Gerichtskosten bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 3'000.-- und Kanzleiauslagen zu Lasten der unterliegenden Beschwerdegegnerin. Diese hat der Beschwerdeführerin ausserdem eine Parteientschädigung auszurichten. Die Honorarnote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin vom 18. Mai 2018 weist einen Aufwand von insgesamt Fr. 16'857.45 auf, was dem Gericht angesichts fehlender besonderer Schwierigkeiten des vorliegenden Falles als zu hoch erscheint. Die von der Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zu zahlende aussergerichtliche Entschädigung wird deshalb auf pauschal Fr. 8'000.-- (inkl. MWST) festgesetzt. Demnach erkennt das Gericht:

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