

# GR\_GERICHTE R 2018 17 vom 18. September 2019

GR Gerichte, 2019-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2018\\_17](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2018_17)

FR: GR\_GERICHTE R 2018 17 du 18 septembre 2019

IT: GR\_GERICHTE R 2018 17 del 18 settembre 2019

## Regeste

Baubewilligung / Bauvollendung | Baurecht

## Erwägungen

### E. 5

Mit Verfügung vom 20. Februar 2017, mitgeteilt am 27. Februar 2017, stellte die Gemeinde fest, dass die Räumlichkeiten im EG und im 1. OG die Kriterien für altrechtliche Wohnungen ohne Erstwohnungspflicht nicht erfüllten. Auch stellte sie fest, dass die am 14. Juli 2008 erteilte Baubewilligung für die Erstellung von Wohnungen im EG und im 1. OG mangels Bauvollendung unbenutzt verstrichen sei. Daher wies sie das Gesuch um Erstreckung der Baubewilligung bzw. um Erteilung einer neuen Baubewilligung für Wohnungen ohne Erstwohnungspflicht im EG und im 1. OG ab.

### E. 5.1

Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung; eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1096). Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1096 mit Hinweis u.a. auf BGE 139 II 243 E.11.2). Eine Verfügung ist nach der sogenannten Evidenztheorie nur ausnahmsweise nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist; zudem darf die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1096 mit Hinweis u.a. auf BGE 139 II 243 E.11.2). Als Nichtigkeitsgrund fallen hauptsächlich schwerwiegende Zuständigkeitsfehler sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1102 ff.; vgl. auch BGE 139 II 243 E.11.2, BGE 132 II 21 E.3.1). Schwerwiegende inhaltliche Mängel haben in der Regel nur die Anfechtbarkeit der Verfügung zur Folge (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1128 mit Hinweisen).

### E. 5.2

Im Verwaltungsrecht erachten Lehre und Rechtsprechung, unabhängig davon, ob eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist oder nicht, den Erlass einer Feststellungsverfügung dann als zulässig, wenn ein gewichtiges öffentliches Interesse daran besteht (Urteil des Verwaltungsgerichts R 06 19 vom 5. Juli 2006 E.2 mit Hinweisen). Denn durch eine Feststellungsverfügung werden keine neuen Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben; eine solche dient lediglich der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt wird (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 889; GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 188). Im Urteil R 06 19 vom 5. Juli 2006 (vgl.

E.2) sah das Verwaltungsgericht für den Bereich des Baurechts eine hinreichende gesetzliche Grundlage für

- 17 - eine Feststellungsverfügung in den Bestimmungen über die Baubewilligungspflicht (Art. 86 ff. KRG; Baubewilligung erforderlich u.a. auch für Nutzungsänderungen einer Baute). Es hielt in jenem Fall fest, angesichts der von der Gemeinde verfolgten Ziele (Klärung der vorbestehenden Nutzung und allfällige Baubewilligungspflicht für eine allfällige Änderung der Nutzung) lasse sich der Erlass der angefochtenen Feststellungsverfügung nicht beanstanden (Urteil R 06 19 vom 5. Juli 2006 E.2).

### **E. 5.3**

Auch in den beiden Verfügungen vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) und vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) ging es um die Klärung der Rechtslage bezüglich der Räumlichkeiten im 1. und 2. OG, nämlich um die Fragen, ob diese als Wohnungen bzw. als altrechtliche Wohnungen ohne Erstwohnungspflicht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Art. 10 ZWG zu qualifizieren seien oder nicht und ob die im Jahr 2009 erteilte Baubewilligung unbenutzt verstrichen sei oder nicht. Anlass für den Erlass dieser Verfügungen war die in der Zwischenzeit, nämlich seit Erlass der Baubewilligung im Jahr 2008/2009 mit Inkrafttreten des ZWG neu hinzugekommene Problematik der Zweitwohnungen und das Ersuchen der Beschwerdeführer, die Baubewilligung zu verlängern oder den Ausbau der Wohnungen als Zweitwohnungen zu bewilligen (vgl. Verfügung vom 20. Februar 2017, Sachverhalt Ziff. 7, Bf-act. 6) bzw. der eigene Antrag der Beschwerdeführer, es sei mittels Verfügung festzustellen, dass beide Wohnungen als altrechtlich im Sinne von Art. 10 ZWG zu gelten hätten (vgl. Verfügung vom 5. März 2018, Sachverhalt Ziff. 8, Bf-act. 5). Dass die Beschwerdegegnerin in der Folge entsprechende Feststellungsverfügungen erliess, erscheint zur Klärung dieser Fragen sinnvoll und im Interesse beider Seiten, sicher aber auch der Beschwerdeführer, die Solches gar selbst verlangt hatten. Inwiefern in diesem Vorgehen ein schwerwiegender Mangel liegen sollte, der ausnahmsweise zur absoluten Unwirksamkeit der erlassenen Verfügungen führen müsste, mithin die beiden Verfügungen offensichtlich als nichtig erscheinen liesse, ist nicht ersichtlich. Auch ist zwar zutreffend, dass Nutzungsbeschränkungen gemäss Art. 7 Abs. 3 ZWG in der Baubewilligung anzuordnen sind, wie

- 18 - die Beschwerdeführer geltend machen, selbst hier sind jedoch Klarstellungen in einem nachträglichen Verfahren zulässig (vgl. Botschaft ZWG, S. 2305; PFAMMATTER, in: WOLF/PFAMMATTER, a.a.O., Art. Rz. 43). Der entsprechenden Argumentation der Beschwerdeführer kann somit nicht gefolgt werden. Deren Hauptbegehren, – Feststellung der Nichtigkeit der Verfügungen vom 20. Februar 2017 und vom 5. März 2018 –, ist daher abzuweisen. 6. Ist die Nichtigkeit der beiden Verfügungen vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) und vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) zu verneinen, so ist vorerst auf das Begehren der Beschwerdeführer einzugehen, auf das Widerrufsgesuch vom

### **E. 6**

Gegen diesen Entscheid erhoben D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ am 28. Februar 2017 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (Verfahren R 17 22). Die Gemeinde anerkannte im Rechtsschriftenwechsel, dass in der angefochtenen Verfügung versehentlich die falschen Geschossebenen für die zwei nicht fertig ausgebauten Stockwerke (EG statt 1. OG und 1. OG statt 2. OG) aufgeführt waren, weshalb das Verwaltungs-

- 4 - gericht die Beschwerde mit Urteil vom 31. August 2017 hinsichtlich der (ausgebauten und daher als altrechtlich im Sinne des Zweitwohnungsge- setzes zu geltenden) Räume im EG (STWE 10077-4) abschrieb. Es hielt zudem fest, dass die Gemeinde bezüglich der (unfertigen) Räume im 2. OG (STWE 10077-6) eine separate Verfügung noch zu erlassen habe. Auf die Beschwerde bezüglich der Räume im 1. OG (STWE 10077-5) trat das Ver- waltungsgericht mangels Beschwerdelegitimation von D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ nicht ein. Das Gericht hielt ferner fest, dass die angefochtene Ver- fügung mangels Beschwerde seitens der beschwerdeberechtigten Mitei- gentümer (die drei Geschwister A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_) hinsicht- lich der nicht fertig ausgebauten Räumlichkeiten im 1. OG (STWE 10077- 5) in Rechtskraft erwachsen sei. Dieses Urteil R 17 22 vom 31. August 2017 erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 25 VRG kann eine Verwaltungsbehörde einen rechtskräftigen Entscheid von Amtes wegen oder auf Gesuch hin ändern oder aufheben, wenn sich die Sach- oder Rechtslage gegenüber der ursprünglichen Ent- scheidungsgrundlage geändert hat und nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen dem Widerruf entgegenstehen (Abs. 1 lit. a und lit. b).

### **E. 6.2**

Vorliegend argumentieren die Beschwerdeführer, die Voraussetzungen für einen Widerruf seien gegeben, ein solcher rechtfertige sich, weil die Woh- nungen im 1. und 2. OG dasselbe rechtliche Schicksal teilten. Es sei sinn- voll, über die Wohnungen im 1. und 2. OG gleichzeitig und materiell gleich- lautend zu entscheiden. Die Verfügung vom 20. Februar 2017 sei zwar for- mell rechtskräftig, materiell jedoch falsch. Die Sach- und Rechtslage sei insofern neu, als bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde die Woh- nung im 2. OG als altrechtlich zu qualifizieren sei, was auch für die Woh- nung im 1. OG zu gelten habe.

- 19 - Die Beschwerdegegnerin führt dagegen aus, die Sach- und Rechtslage habe sich nicht verändert, weshalb sie zu Recht nicht auf das Wiedererwä- gungs-(recte: Widerrufs-)gesuch eingetreten sei. Die Beschwerdeführer hätten gegen die Verfügung vom 20. Februar 2017 Beschwerde erheben können, so wie sie dies vorliegend im Zusammenhang mit den Räumlich- keiten im 2. OG gegen die Verfügung vom 5. März 2018 auch täten. Die Rechtslage bezüglich der Wohnung im 1. OG (keine altrechtliche Woh- nung) sei rechtskräftig geklärt.

### **E. 6.3**

Der Argumentation der Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden. Vor- liegend haben sich nämlich seit Erlass der Verfügung vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) in der Tat weder die Sach- noch die Rechtslage geändert. Selbst bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde kann nicht von einer geänderten Rechtslage gesprochen werden, zumal sich die massgeblichen gesetzlichen Grundlagen, die zum vorliegenden Urteil führen, nicht geän- dert haben. Auch wenn zwar störend ist, dass damit die Räumlichkeiten im 1. und 2. OG in unterschiedlichen Erlassen beurteilt werden, womit auch eine unterschiedliche materielle Einordnung einhergehen könnte (und tatsächlich einhergeht, vgl. dazu Erwägung 8, insbesondere 8.4), reicht die- ser Umstand allein nicht aus, um die Kriterien für einen Widerruf im Sinne von Art. 25 Abs. 1 lit. a VRG als gegeben anzusehen. Fehlt es bereits daran, entfällt auch eine Interessensabwägung nach Art. 25 Abs. 1 lit. b VRG. Das Gericht kommt damit zum Schluss, dass Ziff. 2.a) des Eventualbegeh- rens der Beschwerdeführer, –

Eintreten auf das Widerrufsgesuch in Bezug auf die Verfügung vom 20. Februar 2017, Gutheissung desselben und Aufhebung der entsprechenden Verfügung –, abzuweisen ist, womit Ziff. 2.b) des Eventualbegehrens, – Feststellung, dass es sich bei den Räumlichkeiten im 1. OG um eine altrechtliche Wohnung handelt –, gegenstandslos wird.

- 20 -

#### **E. 6.4**

Damit behält die Verfügung vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6), auch nach Ergehen des Urteils des Verwaltungsgerichts R 17 22 vom 31. August 2017 und des vorliegenden Urteils (Verfahren R 18 17), weiterhin und unverändert ihre Gültigkeit. Dies bedeutet, dass es sich bei den Räumlichkeiten im 1. OG nicht um eine altrechtliche Wohnung ohne Erstwohnungspflicht im Sinne von Art. 10 ZWG handelt. Für diesen Fall, – dass es sich nämlich um keine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG handeln sollte –, machen die Beschwerdeführer mit der Replik vom 5. Juli 2018 einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben geltend.

##### **E. 6.4.1**

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist in Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) verankert. Er gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 620). Er umfasst einerseits den sogenannten Vertrauensschutz und andererseits das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und des Rechtsmissbrauchs (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 621). In Form des Vertrauensschutzes verleiht er den Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen (Vertrauensgrundlage) begründende Verhalten der Behörden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 621 und Rz. 627), sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht (Urteil des Bundesgerichts 1C\_151/2019 vom 8. Juli 2019 E.4). Verlangt wird, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (Urteil des Bundesgerichts 1C\_151/2019 vom 8. Juli 2019 E.4; BGE 137 I 69 E.2.5.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 659). Schliesslich scheidet die Berufung auf Treu und Glauben, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 664; Urteil des Bundesgerichts 1C\_151/2019 vom 8. Juli 2019 E.4 mit Hinweis auf BGE 137 I 69 E.2.6).

- 21 -

##### **E. 6.4.2**

Die Beschwerdeführer sehen in der Baubewilligung aus dem Jahr 2008 (Editionsakten Beschwerdegegnerin) die erforderliche Vertrauensgrundlage, auf deren Basis sie davon hätten ausgehen können, dass sie über vier unbelastete, frei nutzbare Wohnungen verfügten. Die Beschwerdegegnerin habe sie, in Kenntnis davon, dass in den Wohnungen nicht alle Innenausbauten ausgeführt waren, und nach Annahme der Zweitwohnungsinitiative im Jahr 2012 jahrelang im Dunkeln gelassen, dass sie zu einer anderen Rechtsauffassung gelangt sei. Es sei gerichtsnotorisch, dass die Umqualifizierung einer frei nutzbaren Wohnung in eine solche mit Nutzungsbeschränkung eine massive Wertminderung zur Folge habe. Das Verhalten der Beschwerdegegnerin verdiene daher keinen Rechtsschutz.

Dem hält die Beschwerdegegnerin in der Duplik vom 6. August 2018 entgegen, dass die Beschwerdeführer nicht darlegten, welche nachteiligen, irreversiblen Dispositionen sie nach der Bauabnahme getroffen hätten, nachdem die Baubewilligung zu diesem Zeitpunkt mangels Bauvollendung gestützt auf Art. 91 Abs. 2 KRG bereits verfallen gewesen sei. Die Durchsetzung der Zweitwohnungsgesetzgebung liege im überwiegenden öffentlichen Interesse, die frühere Erteilung einer Baubewilligung schaffe keine Vertrauensgrundlage auf alle Ewigkeit. Immerhin habe die Beschwerdegegnerin über Jahre darauf verzichtet, für die zwei Geschossebenen periodische Infrastrukturgebühren zu erheben, und dies mit der von den Beschwerdeführern bzw. deren Eltern vorgebrachten Begründung, dass diese nicht fertig ausgebaut seien. Folglich verstosse nicht die Beschwerdegegnerin, sondern die Beschwerdeführer gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie nun genau das Gegenteil behaupteten, dass nämlich die Wohnungen seit Jahren fertig erstellt seien.

### **E. 6.4.3**

Vorliegend können sich die Beschwerdeführer nicht auf die Baubewilligung aus dem Jahr 2008 berufen und geltend machen, die Beschwerdegegnerin hätte sie auf deren Verfall und die in der Zwischenzeit geänderte Rechtslage bezüglich der Zweitwohnungsgesetzgebung und deren Konsequen-

- 22 - zen aufmerksam machen müssen. Eine dergestalt gearbete (Rechts-)Beratungspflicht ist tatsächlich, wie die Beschwerdegegnerin ausführt, nicht die Aufgabe einer Baubehörde. Inwiefern daher das Verhalten der Beschwerdegegnerin im Hinblick auf die Weitergeltung der Baubewilligung eine Vertrauensgrundlage geschaffen haben soll, ist nicht ersichtlich. Ferner ist auch nicht erwiesen, dass die Beschwerdeführer irgendwelche Dispositionen getroffen hätten, die sie nicht mehr rückgängig machen könnten. Vielmehr warteten die Beschwerdeführer mit den letzten baulichen Massnahmen deshalb zu, weil sie deren Ausgestaltung einer künftigen Käuferschaft überlassen wollten (Bg-act. 5). Im Übrigen hätten auch sie gegen die Verfügung vom 27. Februar 2017 (mit Streitgegenstand u.a. die Räumlichkeiten im 1. OG, Bf-act. 6) Beschwerde erheben können. Dass dies ihre Eltern als Nichteigentümer und Nicht-Nutzungsberechtigte (an dieser STWE), angeblich in Unkenntnis der Legitimationsbestimmungen taten, weshalb das Verwaltungsgericht mit Urteil R 17 22 vom 31. August 2017 auf deren Beschwerde nicht eintrat, ist nicht der Beschwerdegegnerin anzulasten. Der Vorwurf der Verletzung von Treu und Glauben ist daher nicht zu hören.

### **E. 6.5**

Ist die vom Verwaltungsgericht im Verfahren R 17 22 rechtskräftig beurteilte Verfügung vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) weder nichtig noch liegen die Voraussetzungen für einen Widerruf vor und verletzt das Verhalten der Beschwerdegegnerin auch nicht das Gebot von Treu und Glauben, bleibt als Gegenstand der nachfolgenden gerichtlichen Überprüfung nur noch die Verfügung vom 5. März 2018 betreffend die Räumlichkeiten im 2. OG (Bf-act. 5). 7. Bezüglich der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) ist vorerst der Frage nachzugehen, ob sich die Beschwerdegegnerin ausreichend mit dem Argument der Beschwerdeführer, die Verfügungen seien nichtig, und mit der Frage, ob überhaupt bzw. welche baulichen Massnahmen für die Eignung zur Wohnnutzung ausgeführt sein müssten, auseinan-

- 23 - dergesetzt hat oder nicht, und ob sie damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer gewahrt hat oder nicht.

## **E. 7**

Mit Schreiben vom 24. November 2017 stellte die Gemeinde den Erlass einer die Räume im 2. OG (STWE 10077-6) betreffenden Verfügung in Aussicht, gab an, wie sie zu verfügen gedenke und räumte A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ die Möglichkeit ein, sich dazu schriftlich vernehmen zu lassen. Diese äusserten sich dazu mit Schreiben vom 15. Januar 2018. Sie verlangten in Bezug auf die Wohnung im 2. OG, es solle festgestellt werden, dass es sich dabei um eine altrechtliche Wohnung im Sinne des Zweitwohnungsgesetzes handle. In Bezug auf die Wohnung im 1. OG verlangten sie den Widerruf der Verfügung vom 20. Februar 2017 und die Feststellung, dass es sich dabei ebenfalls um eine altrechtliche Wohnung im Sinne des Zweitwohnungsgesetzes handle. Eventualiter sei festzustellen, dass die Verfügung vom 20. Februar 2017 nichtig sei.

### **E. 7.1**

Art. 29 Abs. 2 BV und auf kantonaler Ebene Art. 16 VRG gewährleisten den Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser dient einerseits der Sachaufklärung und garantiert andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien im Verfahren (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1001 ff.). Er beinhaltet u.a. das Recht der Betroffenen, vor Erlass der Verfügung zur Sache Stellung zu nehmen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1010), und das Recht darauf, dass sich die Behörde mit ihren Argumenten auch auseinandersetzt und ihnen so eine sachgerechte Anfechtung erlaubt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1038). Der Anspruch ist formeller Natur, mithin führt eine Verletzung des Gehörsanspruchs, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 132 V 387 E.5.1), sofern der Mangel nicht im Beschwerdeverfahren geheilt werden kann (BGE 134 I 335 E.3.1, BGE 126 I 68 E.2 mit Hinweisen; PVG 2008 Nr. 1).

### **E. 7.2**

Ob die Beschwerdegegnerin mit der Verfügung vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt hat oder nicht, kann im vorliegenden Verfahren nicht mehr geprüft werden, zumal diese Verfügung mit Urteil R 17 22 vom 31. August 2017 bereits rechtskräftig beurteilt worden ist und daher vorliegend, mit Ausnahme der Frage der Nichtigkeit und des Widerrufs (vgl. Erwägungen 5 und 6) nicht mehr Streitgegenstand sein kann. Sofern die Beschwerdeführer Solches beantragt hätten, kann darauf nicht eingetreten werden.

### **E. 7.3**

In der Verfügung vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) hat sich die Beschwerdegegnerin in einem ganzen Kapitel (vgl. II. Erwägungen, A.1.-4., S. 4-5) mit dem Thema der Nichtigkeit der Verfügung vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) auseinandergesetzt und ihre Begründung auf rund einer Seite näher dar-

- 24 - gelegt. Sie hält fest, welches die Voraussetzungen der Nichtigkeit sind, und legt dar, weshalb der behauptete schwere Mangel, nämlich die Unzulässigkeit, eine Feststellungsverfügung zu erlassen, nicht gegeben sei. Damit ist die Beschwerdegegnerin ihrer Begründungspflicht in Bezug auf die Frage der Nichtigkeit ohne Weiteres nachgekommen.

### **E. 7.4**

Dasselbe gilt bezüglich der Frage, welche technischen Voraussetzungen für die Eignung zur Wohnnutzung gegeben sein müssten. Die Beschwerdegegnerin setzt sich mit dem Thema "altrechtliche Wohnung" insgesamt auf rund zweieinhalb Seiten auseinander (vgl. II. Erwägungen, C.1.-7., S. 6-8), die Frage der erforderlichen baulichen Massnahmen behandelt sie insbesondere in Ziff. 1. Der Umstand, dass sie dabei zu einem anderen Ergebnis gelangt als die Beschwerdeführer es sich vorstellten, dass nämlich die Wohnung bezugsbereit sein müsse, bedeutet jedenfalls keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

### **E. 7.5**

Den Beschwerdeführern war es, wie ihre Beschwerde vom 9. April 2018 zeigt, sehr wohl möglich, sich mit den Erwägungen in der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) auseinanderzusetzen und die Verfügung sachgerecht anzufechten. Dieser Verfügung haftet damit kein formeller Mangel an, weshalb im Nachfolgenden auf die materiell-rechtlichen Einwände einzugehen ist, nämlich auf die Frage, ob es sich bei den Räumlichkeiten im 2. OG um eine Wohnung im Sinne von Art. 2 ZWG und auch um eine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG handelt oder nicht. 8. Eine altrechtliche Wohnung ist gemäss Art. 10 ZWG eine Wohnung, die am 11. März 2012 rechtmässig bestand oder rechtskräftig bewilligt war. Während die Beschwerdeführer der Ansicht sind, dass die Räumlichkeiten im 2. OG den Wohnungsbegriff von Art. 2 ZWG erfüllen und der Ausbau zu Wohnzwecken zum Referenzzeitpunkt (11. März 2012) rechtmässig erfolgt

- 25 - bzw. rechtskräftig bewilligt war, stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den gegenteiligen Standpunkt und verneint bereits die grundsätzliche Qualifikation als Wohnung im Sinne des ZWG.

### **E. 8**

In der Folge erliess die Gemeinde am 5. März 2018, mitgeteilt am 7. März 2018, folgende Verfügung: "1. Es wird festgestellt, dass die Räumlichkeiten im 2. Obergeschoss (STWEG 10077-6) des Gebäudes auf dem Grundstück Nr. 10077 die Kriterien als Wohnung i.S. von Art. 2 Abs. 1 ZWG nicht erfüllen und

- 5 - dass es sich daher nicht um eine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG handelt. 2. Es wird festgestellt, dass die am 14.07.2008/26.08.2008 erteilte Baubewilligung für die Erstellung einer fertigen Wohnung im 2. Obergeschoss des Gebäudes auf dem Grundstück Nr. 10077 in Y.\_\_\_\_\_ mangels Bauvollendung gestützt auf Art. 91 KRG unbenutzt verstrichen ist. 3. Auf das Wiedererwägungsgesuch mit Bezug auf die Verfügung vom 20./27. Februar 2017 hinsichtlich der Räumlichkeiten im 1. Obergeschoss (STWEG 10077-5) wird nicht eingetreten. 4. Die Verfahrenskosten in Höhe von 500 Franken zuzügl. Kosten für juristische Abklärungen in Höhe von 1 000 Franken, gesamthaft also 1 500 Franken, werden den drei Miteigentümern unter solidarischer Haftbarkeit, also je zu 1/3, also je zu 500 Franken überbunden. 5. (Rechtsmittelbelehrung) 6. (Mitteilung)".

#### **E. 8.1**

Was eine Wohnung ausmacht, definiert Art. 2 Abs. 1 ZWG als eine Gesamtheit von Räumen, die für eine Wohnnutzung geeignet sind (lit. a), eine bauliche Einheit bilden (lit. b), einen Zugang entweder von aussen oder von einem gemeinsam mit anderen Wohnungen genutzten Bereich innerhalb des Gebäudes haben (lit. c), über eine Kocheinrichtung verfügen (lit. d) und keine Fahrnis darstellen (lit. e).

### **E. 8.1.1**

Vorliegend ist ausgewiesen, dass im fraglichen Gebäude vier Wohneinheiten, nämlich je eine pro Stockwerk, geplant und bewilligt waren, und dass zwei davon, nämlich je eine Wohnung im Erdgeschoss und eine im 3. OG/DG tatsächlich realisiert sind und in der Zwischenzeit auch zu Wohnzwecken genutzt werden. Dazwischen liegen die Räumlichkeiten des 1. und 2. OG, die ebenfalls als Wohnungen konzipiert, jedoch nicht so zu Ende gebaut worden sind, dass zum jetzigen Zeitpunkt darin gewohnt werden könnte. Damit stellen die – hier allein noch interessierenden – Räumlichkeiten im 2. OG (STWE 10077-6) eine "Gesamtheit von Räumen" dar, die unbestrittenermassen die Kriterien "bauliche Einheit" (Art. 2 Abs. 1 lit. b ZWG), "Zugang" (lit. c) und "keine Fahrnis" (lit. e) erfüllen. Die Differenzen zwischen den Parteien entbrannten jedoch an den Begriffen "Eignung zur Wohnnutzung" (lit. a) und "Kocheinrichtung" (lit. d).

### **E. 8.1.2**

Wie erwähnt ist das Mehrfamilienhaus auf Parzelle 10077 als Wohnhaus konzipiert. Das Haus ist fertig gebaut: Dach und Fassade sind erstellt, die Fenster eingebaut, sämtliche Anschlüsse an die Gemeindeleitungen, die technischen Einrichtungen für die Küchen- und Sanitärinstallationen sowie eine Bodenheizung sind vorhanden und die Umgebungsarbeiten sind ausgeführt. Zwar fehlt der Innenausbau der Räume im 2. OG, jedoch kann nicht davon gesprochen werden, dass sich diese noch im Rohbau befinden

- 26 - würden. Allein die Eignung zur Wohnnutzung kann diesen Räumlichkeiten daher nicht abgesprochen werden. Sie ergibt sich aus der Zweckbestimmung der Baubewilligung und der tatsächlichen Bauausführung im Gesamtkontext des Wohnhauses. Dies gilt unabhängig davon, dass in den fraglichen Räumlichkeiten im 2. OG z.B. die Böden noch nicht verlegt und die Wände in den Nassbereichen noch nicht verputzt sind. Fraglich ist, wie sich der Umstand, dass die Wohnung tatsächlich nicht als solche genutzt wurde bzw. wird, auf deren Qualifikation auswirkt.

### **E. 8.1.3**

Gemäss Botschaft des Bundesrates vom 19. Februar 2014 zum ZWG (nachfolgend Botschaft ZWG, S. 2297) gelten Räumlichkeiten, die zwar für die Wohnnutzung geeignet sind, aber vorübergehend rechtmässig anders als zum Wohnen genutzt werden, weiterhin als Wohnungen, solange keine baulichen Massnahmen notwendig sind, um die Räumlichkeiten wieder so herzustellen, dass sie sich zur Wohnnutzung eignen (z.B. Praxen oder Büros). Gemäss Vollzugshilfe zum ZWG des Departements für Volkswirtschaft und Soziales Graubünden (nachfolgend Vollzugshilfe ZWG DVS) ist als bauliche Massnahme nicht jeder geringfügige bauliche Eingriff gemeint, d.h. unerhebliche handwerkliche Eingriffe oder Massnahmen fallen nicht darunter (S. 10). "Meist geht es um sanitäre Anlagen oder den (Wieder-) Einbau einer Küche" (Vollzugshilfe ZWG DVS, S. 10). Sind die technischen Installationen vorhanden und werden z.B. Küchenelemente neu hinzugefügt, so stellen diese keine erheblichen baulichen Massnahmen dar (Vollzugshilfe ZWG DVS, S. 10). Nicht unter den Wohnungsbegriff fallen typische Verkaufs- und Gewerbelokale, Garagen, Ställe und Bauruinen, solange sie nicht zu Wohnzwecken verwendet werden (MÖSCHING, in: WOLF/PFAMMATTER, a.a.O., Art. 2 Rz. 5 mit Hinweisen). Vorliegend sind sämtliche Installationen für die Küche und die sanitären Einrichtungen vorhanden. Die Botschaft zum ZWG führt zum Kriterium "Kocheinrichtung" (Art. 2 Abs. 1 lit. d ZWG, siehe dazu auch Erwägung 8.1.4.) aus, dass es ausreichend ist,

wenn bloss die technischen Installati-

- 27 - onen für den nachträglichen Einbau von Kocheinrichtungen vorhanden sind (S. 2298). Wenn dies in Bezug auf die Küche genügen soll, kann in Bezug auf die sanitären Einrichtungen (z.B. WC, Dusche, Badewanne) nichts anderes gelten. Folglich kann im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass eben keine erheblichen baulichen Massnahmen mehr erforderlich sind, um die Wohnnutzung in den Räumlichkeiten im 2. OG (wieder) herzustellen. Immerhin grenzt sich die fragliche Wohnung in der vorliegenden Konstellation klar von einer typischen Gewerbefläche oder einer Bau- ruine ab. Kein Kriterium ist in diesem Zusammenhang hingegen, entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin, die Bezugsbereitschaft. Aus all diesen Gründen ist das Gericht der Ansicht, dass die Wohnnutzung der Räumlichkeiten im 2. OG im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a ZWG zu bejahen ist.

#### **E. 8.1.4**

In der Botschaft ZWG (S. 2298) wird ausgeführt, dass die Bestimmung bezüglich der Kocheinrichtung dazu dient, blosse Einzelzimmer in Altersheimen, Mansarden, Hotels etc. vom Wohnungsbegriff auszuschliessen. Demgemäss können als Kocheinrichtung sowohl eine Küche als auch eine Kochnische verstanden werden (Botschaft ZWG, S. 2298). Allerdings gelten nur fest installierte Anlagen mit Spülbecken, die zur Vorbereitung von Mahlzeiten dienen, als Kocheinrichtung, wobei das Kriterium einer vorhandenen Kocheinrichtung auch dann erfüllt ist, wenn bloss diesbezügliche technische Installationen für einen nachträglichen Einbau vorhanden sind (Botschaft ZWG, S. 2298). Vorliegend sind diese technischen Einrichtungen vorgesehen, was sich aus den Plänen ergibt (Editionsakten Beschwerdegegnerin), bzw. auch tatsächlich vorhanden, was zwischen den Parteien unbestritten ist. Damit kann auch das Kriterium von Art. 2 Abs. 1 lit. d ZWG ohne Zweifel als erfüllt gelten und den Räumlichkeiten im 2. OG kann, entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin, die Wohnqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZWG nicht abgesprochen werden. Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob es sich dabei um eine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG handelt oder nicht.

- 28 -

#### **E. 8.2**

Wie bereits erwähnt setzt die Einordnung als altrechtliche Wohnung ohne Erstwohnungspflicht voraus, dass die fragliche Wohnung am 11. März 2012 rechtmässig bestand oder rechtskräftig bewilligt war (Art. 10 ZWG). Gemäss Vollzugshilfe ZWG DVS (S. 34) bedeutet "rechtmässig bestehen", dass die Wohnung fertig erstellt war und die Abnahme seitens der Bau- behörde erfolgt ist.

##### **E. 8.2.1**

Wie oben ausgeführt (Erwägung 8.1.3) kann die fragliche Wohnung im 2. OG nach Ansicht des Gerichts als – mit Ausnahme des Innen- bzw. End- ausbaus – erstellt gelten, auch wenn noch gewisse bauliche Massnahmen zu deren Inanspruchnahme zu Wohnzwecken erforderlich sind. Die Ab- nahme des Schnurgerüsts erfolgte am 14. September 2009 (Bg-act. 1), die Bauabnahme am 26. Oktober 2011 (Bf-act. 7). Bauabnahmen sind reine Kontrollmassnahmen, die von der kommunalen Baubehörde durchgeführt werden (Art. 60 Abs. 1 KRVO). Ihnen kommt kein Verfügungscharakter zu (Urteil des Verwaltungsgerichts R 99 40 vom 30. November 1999/17. März 2000 E.3). Auch wenn daher im entsprechenden

Abnahmeprotokoll der Be- schwerdegegnerin (Bf-act. 7) vermerkt wurde, dass die Wohnungen auf den Ebenen 2 und 3 "nicht fertig ausgebaut (Feinputz + kein Bodenbelag)" seien, kann aus dem Umstand, dass die Baubehörde keine weiteren Kon- trollmassnahmen in Aussicht stellte, geschlossen werden, dass sie die Bauphase für sich als abgeschlossen erachtete. Somit kann nicht gesagt werden, die Wohnung im 2. OG hätte zum fraglichen Zeitpunkt nicht im Sinne von Art. 10 ZWG rechtmässig bestanden.

### **E. 8.3**

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass die Wohnung im 2. OG am 11. März 2012 nicht im Sinne von Art. 10 ZWG rechtmässig bestanden hätte, wäre zumindest das Kriterium "rechtskräftig bewilligt" als gegeben zu betrachten, das gemäss Art. 10 ZWG alternativ zum "rechtmässigen Be- stehen" für die Einteilung unter die altrechtlichen Wohnungen erfüllt sein muss. Rechtskräftig bewilligt bedeutet, dass für die fragliche Wohnung bis

- 29 - zum 10. März 2012 eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegen musste, d.h. die Rechtmittelfrist (dauernd bis 10. März 2012) unbenutzt abgelaufen sein oder am 10. März 2012 ein höchstrichterlicher Entscheid vorliegen musste (Vollzugshilfe ZWG DVS, S. 34).

#### **E. 8.3.1**

Solches war vorliegend der Fall, wurde doch die Baubewilligung für das fragliche Mehrfamilienhaus mit vier Wohnungen auf der Stammparzelle 10077 am 14. Juli 2008 erteilt (Editionsakten Beschwerdegegnerin). Die dagegen erhobenen Beschwerden wurden vom Verwaltungsgericht mit Ur- teil R 08 80/83 vom 10. Februar 2009 (Editionsakten Beschwerdegegnerin) abgewiesen, sodass im Jahr 2009 eine rechtskräftige Baubewilligung vor- lag. Unbestrittenermassen wurde im Sommer 2009 mit dem Bau des Ge- bäudes begonnen.

#### **E. 8.3.2**

Fraglich ist, ob die Tatsache, dass bei Verfügungserlass am 5. März 2018 (Bf-act. 5) mehr als zwei Jahre seit Baubeginn (Sommer 2009) verstrichen waren und die zweijährige Frist nach aArt. 91 Abs. 2 KRG (in der bis zum 31. März 2019, mithin bei Erlass der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018 gültigen Fassung) für die Vollendung der Bauarbeiten abgelaufen war, Einfluss auf die Anwendung von Art. 10 ZWG hat oder nicht. Während die Beschwerdeführer dies verneinen (vgl. auch Rechtsschrift vom 14. Au- gust 2018) und davon ausgehen, dass die Baubewilligung bereits "aus- geübt wurde" und der Innenausbau daher keiner weiteren Bewilligung be- darf, stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, dass die Bau- vollendungsfrist im August 2011, mithin noch vor der Bauabnahme, abge- laufen war, die Baubewilligung damit verfallen sei und am 11. März 2012 (bei Annahme der Zweitwohnungsinitiative) keine rechtskräftige Baubewil- ligung im Sinne von Art. 10 ZWG vorlag. 8.3.2.1. Gemäss aArt. 91 Abs. 2 KRG erlöschen Baubewilligungen, wenn mit den Bauarbeiten nicht innert Jahresfrist seit zulässigem Baubeginn begonnen worden ist; ferner müssen Bauvorhaben innert zwei Jahren nach (tatsäch-

- 30 - lichem) Baubeginn vollendet werden, wobei die für die Bewilligung zustän- dige Behörde diese Fristen auf begründetes Gesuch hin angemessen ver- längern kann (aArt. 91 Abs. 2 Satz 2 KRG; vgl. auch Urteil des Verwal- tungsgerichts R 16 50 vom 1. Februar 2017 E.4a). Art. 91 Abs. 3 KRG sieht vor, dass bei unvollendeten Bauvorhaben die Bauteile

zu entfernen und der ursprüngliche Zustand wiederherzustellen ist. 8.3.2.2. Zwar werden Baubewilligungen gelegentlich als Dauerbewilligungen bezeichnet, worauf die Beschwerdeführer zielen, dennoch können sie ungeachtet dieser Qualifikation widerrufen oder nach einer gewissen Zeit erlöschen (WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 22 Rz. 75). Eine ungenutzte Baubewilligung kann schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht auf unbestimmte Dauer bestehen bleiben (WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 22 Rz. 75 mit Hinweisen). Dementsprechend statuierte aArt. 91 Abs. 2 KRG, dass eine einmal erteilte Baubewilligung erlöscht, wenn entweder mit den Bauarbeiten nicht begonnen oder damit zwar begonnen, ein Bauvorhaben aber nicht innert Frist vollendet wird. Wird die Baubewilligungsfrist nicht verlängert, verfällt eine Baubewilligung, selbst wenn sie einmal rechtskräftig geworden war (vgl. dazu Urteile des Bundesgerichts 1C\_151/2019 vom 8. Juli 2019 E.3.1 und 1C\_154/2017 vom 1. November 2017 E.4.3.2; Urteil des Verwaltungsgerichts R 16 50 vom 1. Februar 2017 E.3b). Der Argumentation der Beschwerdeführer kann mithin nicht gefolgt werden, es sei für die Anwendung von Art. 10 ZWG unerheblich, ob die Baubewilligungsfrist abgelaufen sei oder nicht, sofern nur eine Baubewilligung einmal, – gemeint sein muss einmal vor dem 11. März 2012 –, rechtskräftig geworden sei. Vorliegend wurde die Baubewilligung im 2009 rechtskräftig (Editionsakten Beschwerdegegnerin), eine Verlängerung der Bauvollendungsfrist wurde jedoch unbestrittenermassen nicht verlangt, weshalb sich die Frage stellt, ob die (vor dem 11. März 2012) rechtskräftig erteilte Baubewilligung zum Referenzzeitpunkt (11. März 2012) verfallen war oder nicht. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist vorliegend also, ob das Bauvorhaben trotz noch

- 31 - erforderlichem Innenausbau zum fraglichen Zeitpunkt (11. März 2012) "vollendet" im Sinne von aArt. 91 Abs. 2 Satz 2 KRG war oder nicht.

### **E. 8.3.3**

An den Begriff der Bauvollendung knüpft die Bauabnahme seitens der zuständigen Baubehörde an. Gemäss Art. 60 Abs. 2 KRVO meldet die Bauherrschaft der kommunalen Baubehörde unverzüglich die Bauvollendung, worauf letztere die Ausführung der Bauvorhaben auf ihre Übereinstimmung mit der Baubewilligung (...) prüft (Abs. 1 Satz 1). Wenn ein Bauvorhaben abweichend von bewilligten Plänen oder Auflagen in der Baubewilligung ausgeführt wird, verfügt sie (...) die Einstellung der Bauarbeiten bzw. fordert die verfügende Behörde oder Amtsperson die Bauherrschaft zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs auf (Art. 60 Abs. 4 KRVO). Vorliegend ist zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin den Bau am 26. November 2011 tatsächlich abnahm (Bf.act. 7). Daraus kann gefolgert werden, dass sie das Bauprojekt trotz Fehlens einiger Ausführungsarbeiten als vollendet erachtete (vgl. Erwägung 8.2.1). Immerhin ergingen seitens der Baubehörde nach dieser Bauabnahme keine weiteren Auflagen oder Anordnungen an die Bauherrschaft, die noch nicht ausgeführten Arbeiten zu Ende zu bringen oder sonstige diesbezügliche Massnahmen zu treffen. Ferner bedeutet die erfolgte Bauabnahme auch, dass die Beschwerdegegnerin das Bauprojekt als mit den bewilligten Plänen ausgeführt erachtete (Art. 60 Abs. 1 KRVO) und dass die noch erforderlichen baulichen Massnahmen keiner weiteren Kontrolle bedurften. Letzteres dürfte auch darauf beruhen, dass der Abschluss des Innenausbaus aufgrund der Konstruktion des Mehrfamilienhauses und der vorhandenen elektrischen und sanitären Installationen mehr oder weniger vorgegeben ist. Darüber hinaus ist nachvollziehbar, dass die

Beschwerdeführer bzw. die Bauherrschaft die konkrete Ausführung des Innenausbaus einer künftigen Käuferschaft überlassen wollten, um nicht später angesichts der angeblich schwierigen Verkaufsbemühungen (vgl. dazu Bg-act. 5) allfälligen aufwändigeren Änderungswünschen von Kaufinteressenten nachkommen zu müssen. Aufgrund

- 32 - all dieser Umstände kann die Bauvollendung in dieser besonderen Konstellation nach Ansicht des Gerichts bejaht werden. Daran ändert das an sich durchaus widersprüchliche Verhalten der Beschwerdeführer bzw. von deren Eltern nichts, die gerade mit der (gegenteiligen) Begründung, dass die beiden Wohnungen im 1. und 2. OG nicht ausgebaut seien, eine Reduktion der Gebühren für Wasser, Abwasser etc. verlangt hatten (Bg-act. 5). In diesem Zusammenhang darf auch beachtet werden, dass im fraglichen Mehrfamilienhaus grundsätzlich gewohnt werden kann und auch gewohnt wird, d.h. Erschliessung, Umgebungsgestaltung, Treppenhäuser, Wände und Dach sind vorhanden und dienen auch der Bewohnbarkeit der Wohnungen im 1. und 2. OG. Zudem darf vorliegend auch das Verhältnis zwischen den Gesamtkosten und den für den Endausbau noch verbleibenden Kosten berücksichtigt werden: Abstellend auf den in der amtlichen Schätzung vom 29. August 2012 (vgl. Bf-act. 9) aufgeführten Neu- und Zeitwert können die Gesamtkosten auf ca. Fr. 2'500'000.-- veranschlagt werden. Die Beschwerdegegnerin schätzte die Kosten für den noch fehlenden (gehobeneren) Küchenausbau in beiden Wohnungen im 1. und 2. OG auf ca. Fr. 100'000.-- (vgl. Vernehmlassung vom 8. Mai 2018, S. 10), während die Beschwerdeführer von (viel) tiefer anzusetzenden noch aufzuwendenden Investitionskosten ausging (vgl. Replik vom 5. Juli 2018, S. 8). Mit diesen Zahlen gerechnet dürfte das Verhältnis zwischen Gesamt- und noch fehlenden Investitionskosten weniger als 4 % ausmachen. Mithin spricht auch dieses Verhältnis dafür, dass das Bauprojekt als im Sinne von aArt. 91 Abs. 2 KRG vollendet betrachtet werden darf. Das heisst, im Zeitpunkt, als die Zweitwohnungsinitiative angenommen wurde (11. März 2012), konnte das Bauprojekt als vollendet angesehen gelten und der Ablauf der zweijährigen Frist gemäss aArt. 91 Abs. 2 KRG (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) spielte für die Subsumption unter Art. 10 ZWG keine Rolle mehr. Damit ist vorliegend festzustellen, dass es sich bei der Wohnung im 2. OG um eine altrechtliche im Sinne von Art. 10 ZWG handelt.

- 33 -

#### **E. 8.3.4**

Wird die Wohnung im 2. OG mit dem vorliegenden Urteil als altrechtlich im Sinne von Art. 10 ZWG qualifiziert, muss diesbezüglich auf den mit der Replik vom 5. Juli 2018 für den gegenteiligen Fall (Qualifikation als nicht-altrechtlich) erhobenen Einwand der Beschwerdeführer, die Beschwerdegegnerin habe auch in Bezug auf diese Wohnung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, nicht mehr eingegangen werden.

#### **E. 8.4**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Wohnung im 2. OG als Wohnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZWG qualifiziert werden kann und dass die Kriterien für deren Einstufung als altrechtliche Wohnung ohne Erstwohnungspflicht im Sinne von Art. 10 ZWG als erfüllt gelten können. In diesem Sinne ist die Ziff. 1.a) des Eventualbegehrens der Beschwerdeführer teilweise gutzuheissen und die Ziff. 1., 2. und 4. des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) sind aufzuheben. Zudem ist Ziff. 1.b) des Eventualbegehrens der Beschwerdeführer gutzuheissen und es wird festgestellt,

dass es sich bei den Räumlichkeiten im 2. OG (STWE 10077-6) des Gebäudes auf Parzelle 10077 um eine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG handelt. In Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten von Fr. 1'500.-- (Ziff. 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018) sind die kommunalen Verfahrenskosten bei diesem vorinstanzlichen Verfahrensausgang je zur Hälfte (je Fr. 750.-- ) den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

## **E. 9**

Gegen diese Verfügung vom 5. März 2018 sowie gegen die Verfügung vom 20. Februar 2017 erhoben A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 9. April 2018 Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Sie stellten folgende Rechtsbegehren: "1. HAUPTBEGEHREN Es sei festzustellen, dass die Verfügung des Gemeindevorstandes von X.\_\_\_\_\_ vom 05. März 2018, mitgeteilt am 07. März 2018, sowie die Verfügung des Gemeindevorstandes von X.\_\_\_\_\_ vom 20. Februar 2017, mitgeteilt am 27. Februar 2017, beide betreffend die Wohnüberbauung auf der Parzelle Nr. 10077, Grundbuch der Gemeinde X.\_\_\_\_\_, nichtig seien. 2. EVENTUALBEGEHREN 1. a) Es sei die Verfügung des Gemeindevorstandes von X.\_\_\_\_\_ vom 05. März 2018, mitgeteilt am 07. März 2018, betreffend die Wohnüberbauung auf der Parzelle Nr. 10077, Grundbuch der Gemeinde X.\_\_\_\_\_ (Fraktion Y.\_\_\_\_\_), aufzuheben. b) Eventualiter sei festzustellen, dass es sich bei der Wohnung im 2. Obergeschoss auf dem Grundstück Nr. 10077, Grundbuch der Gemeinde X.\_\_\_\_\_, um eine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art.

### **E. 9.1**

Vor dem Verwaltungsgericht dringen die Beschwerdeführer mit ihren Begehren teilweise durch, weshalb die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG je hälftig den Beschwerdeführern, unter solidarischer Haftbarkeit, und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen sind.

### **E. 9.2**

Gestützt auf Art. 78 Abs. 1 VRG und dem Verfahrensausgang entsprechend wird den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführern eine ausssergerichtliche Entschädigung zugesprochen. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung

- 34 - über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (HV; BR 310.250) setzt die urteilende Instanz die Parteientschädigung der obsiegenden Partei nach Ermessen fest. Dabei geht sie gemäss Art. 2 Abs. 2 HV vom Betrag aus, welcher der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird, soweit der vereinbarte Stundenansatz zuzüglich allfällig vereinbartem Interessenwertzuschlag üblich ist und keine Erfolgsszuschläge enthält (Ziff. 1). Als üblich gilt dabei gemäss Art. 3 Abs. 1 HV ein Stundenansatz von Fr. 210.-- bis Fr. 270.--. Weiter wird vorausgesetzt, dass der geltend gemachte Aufwand angemessen und für die Prozessführung erforderlich ist (Ziff. 2) und die geforderte Entschädigung nicht eine von der Sache beziehungsweise von den legitimen Rechtsschutzbedürfnissen her nicht gerechtfertigte Belastung der unterliegenden Partei zur Folge hat (Ziff. 3). Reichen die Parteien zu Beginn des Verfahrens nicht eine vollständige, unterschriebene Honorarvereinbarung ein, kann die urteilende Instanz davon absehen, für die Festsetzung der Parteientschädigung die Anwaltsrechnung heranzuziehen (Art. 4 Abs. 1 HV).

#### **E. 9.2.1**

Zwei der Beschwerdeführer reichten mit den Rechtsschriften eine Anwaltsvollmacht inkl. Honorarvereinbarung ein, gemäss welcher der Stundentarif Fr. 280.-- beträgt (Bf-act. 2 und 4). Einer der Beschwerdeführer legte lediglich eine Anwaltsvollmacht ins Recht (Bf-act. 3). Gestützt auf die HV geht die Praxis des Verwaltungsgerichts dahin, dass bei Einreichen einer Honorarvereinbarung der geltend gemachte Stundenansatz übernommen wird, sofern er den Ansatz von Fr. 270.-- nicht überschreitet. Ist Letzteres der Fall, wird er auf Fr. 270.-- herabgesetzt. Wird keine Honorarvereinbarung eingereicht, beträgt der Stundenansatz höchstens Fr. 240.-- (vgl. Praxisänderung vom 6. September 2017). Vorliegend liegen zwei Honorarvereinbarungen im Recht, die dritte fehlt. Dennoch erachtet es das Gericht in diesem Fall als gerechtfertigt, für alle drei Beschwerdeführer, die sich mit gemeinsamen Rechtsschriften und gleichlautenden Begehren am Verfahren beteiligten, nach der erwähnten

- 35 - Praxis bei Vorliegen von Honorarvereinbarungen von einem Stundenansatz von maximal Fr. 270.-- auszugehen, zumal es das Gericht als zu formalistisch und spitzfindig ansähe, wenn beim Beschwerdeführer, der keine Honorarvereinbarung einreichte, von einem anderen Tarif ausgegangen und die Honorarrechnungen entsprechend aufgeschlüsselt würden.

### **E. 9.2.2**

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer reichte eine Übersicht über fünf Honorarrechnungen über insgesamt Fr. 21'378.20 ins Recht. Die Rechnungen (vom 12. Dezember 2017, 15. Januar 2018, 5. März 2018, 2. Juli 2018 und vom 14. August 2018) umfassen ein Honorar von Fr. 9'097.20 (Fr. 350.-- + Fr. 302.40 + Fr. 2'240.-- + Fr. 3'732.40 + Fr. 2'472.40), einen Interessenwertzuschlag von Fr. 10'000.--, eine Kleinspesenpauschale von 3 % sowie die Mehrwertsteuer von 8 % bzw. 7.7 %.

- 36 - Was den geltend gemachten Streitwertzuschlag betrifft, so steht den Beschwerdeführern ein solcher nach ständiger Praxis des Bundes- und des Verwaltungsgerichts nicht zu, weil öffentlich-rechtliche Streitigkeiten im Bereich des Bau- und Umweltrechts nicht als vermögensrechtliche Streitigkeiten qualifiziert werden und weil deshalb in diesen Fällen kein Interessenwertzuschlag zugesprochen wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_338 2007 vom 24. April 2008 E.5; Urteile des Verwaltungsgerichts R 16 67 vom 22. Juni 2017 E.13b und R 09 100 vom 12. Oktober 2010 E.5). Was das Honorar betrifft, so fällt auf, dass die Honorarrechnungen vom 12. Dezember 2017, vom 15. Januar 2018 und vom 5. März 2018 den Zeitaufwand des Rechtsvertreters vor Erhalt der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) betrifft und somit vorliegend keine Beachtung finden kann, wie dies auch die Beschwerdegegnerin zu Recht geltend macht (vgl. dazu auch Urteil des Verwaltungsgerichts S 15 23 vom 28. Oktober 2015 E.6c und R 09 2 vom 15. September 2009 E.3). Zu beachten sind also lediglich die Honorarrechnungen vom 2. Juli 2018 und vom 14. August 2018. Die Rechnung vom 2. Juli 2018 beläuft sich auf Fr. 4'170.35 bzw. richtigerweise, – bei Weglassung des Streitwertzuschlags sowie Berücksichtigung eines Stundentarifs von Fr. 270.-- anstatt von Fr. 280.-- –, auf Fr. 3'992.50 ( $[\text{Fr. } 3'732.40 : \text{Fr. } 280.-- \times \text{Fr. } 270.-- =] \text{Fr. } 3'599.10 + [\text{Fr. } 3'599.10 \times 3 \% =] \text{Fr. } 107.95 = \text{Fr. } 3'707.05 + [\text{Fr. } 3'707.05 \times 7.7 \% =] \text{Fr. } 285.45$ ), die Rechnung vom 14. August 2018 auf Fr. 13'835.75 bzw. richtigerweise auf Fr. 2'644.65 ( $[\text{Fr. } 12'742.60 - \text{Fr. } 10'000.-- = \text{Fr. } 2'472.40 : \text{Fr. } 280.-- \times 270.-- =] \text{Fr. } 2'384.10 + [\text{Fr. } 2'384.10 \times 3 \% =] \text{Fr. } 71.50 = \text{Fr. } 2'455.60 + [\text{Fr. } 2'455.60 \times 7.7 \% =] \text{Fr. } 189.05$ ). Dies ergibt ein zulässiges Honorar für das vorliegenden Verfahren (ohne vorinstanzlichen Aufwand)

von Fr. 6'637.15 (Fr. 3'992.50 + Fr. 2'644.65). Die Beschwerdegegnerin kritisierte den Zeitaufwand des beschwerdeführerischen Rechtsvertreters von rund 20h für zwei Rechtsschriftenwechsel und wies darauf hin, dass die Argumente zur Thematik bereits vor der Vorinstanz erörtert worden seien und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer vor Verwaltungs-

- 37 - gericht nichts Neues vorgebracht habe. Das Gericht erachtet den geltend gemachten Aufwand als dem Umfang und der Schwierigkeit der Streit Sache angemessen, zumal diese nicht nur materiell-rechtliche, sondern auch verschiedene formell-rechtliche Fragen umfasste. Die aussergerichtliche Entschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführer wird daher dem Verfahrensausgang entsprechend auf die Hälfte des zulässigen Honorars festgesetzt, nämlich auf Fr. 3'318.60 (Fr. 6'637.15 : 2).

### **E. 9.3**

Dagegen steht der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin keine aussergerichtliche Entschädigung zu, da sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis im öffentlichen Interesse tätig wurde (vgl. Art. 78 Abs. 2 VRG). Demnach erkennt das Gericht: 1.1. Ziffer 1 des Hauptbegehrens der Beschwerde (Nichtigkeit der Verfügungen vom 20. Februar 2017 und vom 5. März 2018) wird abgewiesen. 1.2.1. Ziffer 1.a) des Eventualbegehrens der Beschwerde (Aufhebung der Verfügung vom 5. März 2018) wird teilweise gutgeheissen und die Dispositivziffern 1., 2. und 4. der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018, mitgeteilt am 7. März 2018, werden aufgehoben. 1.2.2. Ziffer 1.b) des Eventualbegehrens der Beschwerde (Feststellung der Qualifikation der Wohnung im 2. OG als altrechtliche Wohnung) wird gutgeheissen, und es wird festgestellt, dass es sich bei den Räumlichkeiten im 2. OG (STWE 10077-6) des Gebäudes auf Parzelle 10077 um eine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG handelt. Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-- (Ziff. 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018) gehen, unter solida-

- 38 - rischer Haftbarkeit, je zur Hälfte (je Fr. 750.--) zu Lasten der Beschwerdeführer einerseits und der Beschwerdegegnerin andererseits. 1.3.1. Ziffer 2.a) des Eventualbegehrens der Beschwerde (Eintreten auf das Wiederrufsgesuch in Bezug auf die Verfügung vom 20. Februar 2017, Gutheissung desselben und Aufhebung der entsprechenden Verfügung) wird abgewiesen. 1.3.2. Ziff. 2.b) des Eventualbegehrens der Beschwerde (Feststellung, dass es sich bei den Räumlichkeiten im 1. OG um eine altrechtliche Wohnung handelt) ist gegenstandslos. 2. Die Gerichtskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 6'000.-- und den Kanzleiauslagen von Fr. 789.-- zusammen Fr. 6'789.-- gehen je zur Hälfte zulasten von A.\_\_\_\_, B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_, unter solidarischer Haftbarkeit, einerseits und der Gemeinde X.\_\_\_\_ andererseits. Sie sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen. 3. Die Gemeinde X.\_\_\_\_ hat A.\_\_\_\_, B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ ausseramtlich mit einem Betrag von Fr. 3'318.60 zu entschädigen. 4. [Rechtsmittelbelehrung] 5. [Mitteilungen]

### **E. 10**

Mit Vernehmlassung vom 8. Mai 2018 beantragte die Gemeinde (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

### **E. 11**

Mit Replik vom 5. Juli 2018 hielten die Beschwerdeführer unverändert an ihren Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 9. April 2018 fest.

#### **E. 12**

Mit Duplik vom 6. August 2018 wiederholte die Beschwerdegegnerin ihre mit Vernehmlassung vom 8. Mai 2018 formulierten Rechtsbegehren.

#### **E. 13**

Mit Schreiben vom 7. August 2018 forderte der Instruktionsrichter die anwaltlich vertretenen Parteien auf, eine detaillierte Kostennote inkl. Honorarvereinbarung einzureichen. In der Folge reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 14. August 2018 seine Kostennote ein. Gleichzeitig machte er Ausführungen zur Duplik der Beschwerdegegnerin. Zur Berechnung des Honorars (inkl. Streitwertzuschlag) nahm der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 18. August 2018 Stellung.

- 7 -

#### **E. 14**

Auf entsprechende Aufforderung des Instruktionsrichters vom 17. Januar 2019 hin stellte der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin dem Gericht mit Eingabe vom 23. Januar 2019 sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit der Baubewilligung vom 14. Juli 2008 inkl. Bauabnahmeprotokoll vom 26. November 2011 (nachfolgend Editionsakten Beschwerdegegnerin) zu. Auf die weiteren Ausführungen in der angefochtenen Verfügung sowie der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (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 eidgenössischem Recht endgültig sind. Die angefochtenen kommunalen Verfügungen vom 5. März 2018, mitgeteilt am 7. März 2018, und vom 20. Februar 2017, mitgeteilt am 27. Februar 2017, (Akten Beschwerdeführer [Bf-act.] 5 und 6, Editionsakten Beschwerdegegnerin) stellen kommunale Entscheide im Sinne von Art. 49 Abs. 1 lit. a VRG dar. Dagegen steht kein anderes Rechtsmittel als die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Verfügung (vgl. Art. 20 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen [ZWG; SR 702] i.V.m. Art. 33 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [RPG; SR 700], Art. 92 des kantonalen Raumplanungsgesetzes [KRG; BR 801.100], Art. 46 der kantonalen Raumplanungsverordnung [KRVO; BR 801.110] und Art. 137 des Baugesetzes der Beschwerdegegnerin [nachfolgend BG]). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden ist somit gegeben.

- 8 - 2. Gemäss Art. 20 ZWG richten sich, nebst der Zuständigkeit (vgl. Erwägung 1), auch das Verfahren und der Rechtsschutz nach dem RPG und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen der Kantone. 2.1. Den entsprechenden Rechtsschutz regelt Art. 33 RPG (vgl. STALDER, in: WOLF/PFAMMATTER, Zweitwohnungsgesetz, Bern 2017, Art. 20 Rz. 8 f.). Gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG muss das kantonale Recht die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gewährleisten. Damit gelten die Legitimationserfordernisse von Art. 89 i.V.m. Art. 111 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes

über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren nach Art. 33 RPG (STALDER, in: WOLF/PFAMMATTER, a.a.O., Rz. 10 ff.). Gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), wer durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Dies gilt selbstverständlich für den/die Baugesuchsteller/in, dessen/deren Anträgen nicht oder nicht vollständig entsprochen worden ist (STALDER, in: WOLF/PFAMMATTER, a.a.O., Rz. 12). Im kantonalen Recht regelt Art. 50 VRG die Legitimation zur Beschwerde vor Verwaltungsgericht. Demnach ist zur Beschwerde legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung hat oder wer durch besondere Vorschrift dazu ermächtigt ist. Diese Bestimmungen gehen nicht über die Anforderungen zur Beschwerdelegitimation gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG hinaus, weshalb diesbezüglich auf das oben Ausgeführte abgestellt werden kann. Das heisst, es reicht die besondere Nähe zum Streitgegenstand, damit der angefochtene Entscheid auf die erhobenen Rügen hin überprüft wird (HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2016, 6. Aufl., S. 555).

- 9 - 2.2. Mit der angefochtenen Verfügung vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) bzw. mit dem diesbezüglichen, rechtskräftigen Urteil R 17 22 des Verwaltungsgerichts vom 31. August 2017 ergab sich, dass die nicht fertig ausgebauten Räumlichkeiten im 1. OG (im Gegensatz zu den ausgebauten im EG) nicht als altrechtliche Wohnung ohne Erstwohnungspflicht gelten konnten, dass die diesbezügliche, im Jahr 2008 erteilte Baubewilligung unbenutzt verstrichen war und dass ferner bezüglich den nicht ausgebauten Räumlichkeiten im 2. OG noch keine Verfügung erlassen worden war. Mit der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) resultierte, dass die nicht fertig ausgebauten Räumlichkeiten im 2. OG ebenfalls nicht als altrechtliche Wohnung ohne Erstwohnungspflicht gelten konnten und dass diesbezüglich die im Jahr 2008 erteilte Baubewilligung ebenfalls nicht mehr gültig war. Konsequenz aus diesen Verfügungen wäre, – wenn diese denn als rechtsgültig erachtet würden –, dass die Beschwerdeführer, wie sie selbst ausführen, die Wohnungen im 1. und 2. OG nicht als altrechtliche Wohnungen bzw. als Zweitwohnungen ausbauen und verkaufen bzw. vermieten dürfen. Damit sind sie von den betreffenden kommunalen Verfügungen besonders berührt und haben an deren Aufhebung ein schutzwürdiges Interesse. Zudem nahmen sie an den entsprechenden vorinstanzlichen Verfahren jeweils teil (vgl. die Mitteilungen in den Verfügungen vom 20. Februar 2017 und vom 5. März 2018; Bf-act. 5 und 6). Folglich sind die Voraussetzungen für die Beschwerdelegitimation im Sinne von Art. 20 ZWG i.V.m. Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG i.V.m. Art. 89 und Art. 111 Abs. 1 und 2 BGG bzw. Art. 50 VRG gegeben und die Beschwerdeführer als beschwerdeberechtigt anzusehen. Da die Beschwerde im Übrigen die formellen Erfordernisse erfüllt und auch fristgerecht (Art. 52 Abs. 1 VRG) eingereicht wurde, ist darauf einzutreten. 2.3. Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 51 Abs. 1 VRG).

- 10 - 3. Strittig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Verfügungen vom 20. Februar 2017 und vom 5. März 2018 nichtig sind bzw. ob die Verfügungen eventuelter – in Bezug auf

die Verfügung vom 20. Februar 2017 in Gutheissung des Widerrufsgesuchs – aufzuheben sind und ob festzustellen ist, dass es sich bei den Räumlichkeiten im 1. und 2. OG um altrechtliche Wohnungen im Sinne von Art. 10 ZWG handelt oder nicht. 3.1. Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Verfügung vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) fest, eine Wohnung müsse bezugsbereit sein, um als Wohnung im Rechtssinne qualifiziert werden zu können. Die gesetzlich vorausgesetzte Eignung für eine Wohnnutzung ohne zusätzliche bauliche Massnahmen sei vorliegend nicht erfüllt, weil den fraglichen Räumlichkeiten der Innenausbau fehle. Die Räumlichkeiten könnten deshalb nicht als altrechtliche Wohnungen ohne Erstwohnungspflicht im Sinne von Art. 10 ZWG gelten. Die Baubewilligung sei im Jahr 2009 erteilt und danach nie verlängert worden. Weil die Wohnungen klarerweise nicht vollendet und damit nicht bezugsbereit seien, könne die Baubewilligung nicht verlängert werden. Auch die Beschwerdeführer hätten im Zusammenhang mit der verlangten Gebührenreduktion bestätigt, dass die Wohnungen nicht vollendet bzw. dass nur zwei von vier Wohnungen ausgebaut seien. Eine neue Baubewilligung für den Ausbau von zwei Zweitwohnungen könne nicht erteilt werden, zumal der entsprechende Wohnungsanteil in der Gemeinde über 20 % liege. In der Verfügung vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) führte die Beschwerdegegnerin aus, die Verfügung vom 20. Februar 2017 könne mit Bezug auf die Räumlichkeiten im 1. OG nicht als nichtig taxiert werden, zumal sie gemäss Urteil des Verwaltungsgerichts explizit in Rechtskraft erwachsen sei. Dass diesbezüglich ein besonders schwerer Mangel vorliege, hätten die Beschwerdeführer nicht dargelegt, ein solcher sei denn auch nicht auszumachen. Da sowohl für die Beschwerdeführer als auch für die Beschwerde-

- 11 - gegnerin ein eminentes Interesse an der Klärung der Frage bestehe, welcher Status den Räumlichkeiten im 2. OG zukomme, sei der Erlass einer Feststellungsverfügung zulässig, unabhängig davon, ob eine explizite gesetzliche Grundlage vorhanden sei oder nicht. Weiter lehnte die Beschwerdegegnerin den Widerruf der Verfügung vom 20. Februar 2017 mit Bezug auf die Räumlichkeiten im 1. OG ab, weil die Voraussetzungen dafür fehlten. In Bezug auf die Räumlichkeiten im 2. OG verneinte sie die Qualifikation als altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG mit der Begründung, dass es auch diesen an der Bezugsbereitschaft mangle. Die Küchen- und Sanitäreinrichtungen fehlten, die Nassbereiche seien nicht gefliest und deren Wände nicht verputzt, zudem fehlten sämtliche Bodenbeläge. Man könne also in den Räumen weder essen, schlafen, noch sich waschen oder auf die Toilette gehen, was aber für eine Wohneignung Voraussetzung sei. Die noch erforderlichen baulichen Investitionen seien auch aus finanzieller Sicht nicht unerheblich. Auch sei die künftige Wohnnutzung baulich nicht bereits definitiv festgelegt. Je nach Innenausbau seien auch andere Nutzungen denkbar, z.B. für Büros, Therapieräume, Ateliers, stille Gewerbe, Archive etc. Selbst die Beschwerdeführer hätten – im Zusammenhang mit der Frage der Gebührenreduktion – wiederholt bestätigt, dass es sich auch nach ihrem Verständnis nicht um zwei fertig ausgebaute Wohnungen handle. Aus den amtlichen Schätzungen sowie aus der Rechnungsstellung für die erstmaligen Anschlussgebühren lasse sich, angesichts der unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen, in Bezug auf die Qualifikation als Wohnung nach dem ZWG nichts ableiten. Auch wenn im Jahr 2009 die Bewilligung für den Bau einer Wohnung im 2. OG erteilt worden sei, sei der Tatbestand der altrechtlichen Wohnung nach Art. 10 ZWG nicht erfüllt, weil gar keine Wohnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZWG gebaut worden sei. Unabhängig davon sei diese Baubewilligung aber längst verfallen, und jeder künftige Innenausbau zu Wohn- oder anderen Zwecken bedürfe einer neuen Baubewilligung.

- 12 - 3.2. Die Beschwerdeführer machen in ihrer Beschwerde vom 9. April 2018 und in der Replik vom 5. Juli 2018 mit Hinweis auf Art. 7 ZWG geltend, den Verfügungen vom 5. März 2018 und vom 20. Februar 2017 mangle es an einer gesetzlichen Grundlage, zumal sie ausserhalb eines Baubewilligungsverfahrens erlassen worden seien. Damit liege ein besonders schwerwiegender Mangel vor, mit dem zudem massiv in die Eigentumsfreiheit der Beschwerdeführer eingegriffen werde. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin sei widerrechtlich, der Mangel offensichtlich und die Rechtssicherheit nicht gefährdet, weshalb die Nichtigkeit der besagten Verfügungen festzustellen sei. Indem die Beschwerdegegnerin sich nicht mit diesem Argument auseinandergesetzt habe, habe sie das rechtliche Gehör und ihre Begründungspflicht verletzt. Sollte das Verwaltungsgericht nicht von einer Nichtigkeit ausgehen, sei, so die Beschwerdeführer, die Verfügung vom 20. Februar 2017 im Sinne von Art. 25 Abs. 1 VRG zu widerrufen, zumal es sinnvoll erscheine, über die Wohnung im 1. OG gleich zu entscheiden wie über die Wohnung im 2. OG. Darüber hinaus verletze die Beschwerdegegnerin Bundesrecht, wenn sie annehme, es handle sich bei den fraglichen Räumlichkeiten nicht um altrechtliche Wohnungen im Sinne des ZWG. Die Wohnungen seien bereits vor dem 11. März 2012 erstellt und abgenommen worden, hätten damit rechtmässig bestanden und seien rechtskräftig bewilligt worden. Es fehle einzig der Innenausbau, der mit einem unerheblichen Aufwand realisierbar sei, sodass die Wohnungen der Wohnnutzung zugeführt werden könnten und damit den Wohnungsbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1 ZWG erfüllten. Zum Beweis offerierten die Beschwerdeführer u.a. die Durchführung eines Augenscheins vor Ort. Darüber hinaus stellen sie sich auf den Standpunkt, dass für den Innenausbau gemäss Art. 40 Abs. 1 Ziff. 2 KRVO kein Baugesuch mehr notwendig sei. Da sich die Vorinstanz mit diesen Voraussetzungen nicht auseinandergesetzt habe, rügen sie eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Was die angefochtene Verfügung vom 5. März 2018 angeht, halten die Beschwerdeführer den Ausführungen der Beschwerdegegnerin entgegen,

- 13 - dass es ausreichend sei, wenn die Installationen für die Küche und die sanitären Einrichtungen vorhanden seien. Denn der Einbau der Küche oder die Verlegung von Bodenbelägen sei nicht bewilligungspflichtig. Es fehle also einzig die Inneneinrichtung, damit handle es sich bei den fraglichen Räumlichkeiten durchaus um eine altrechtliche Wohnung im Sinne des ZWG. Die Baubewilligung sei nur für die Erstellung eines Wohnhauses erteilt worden, eine andere Nutzung erforderte daher eine Umnutzungsbewilligung in Form einer Baubewilligung. Die Wohnungen seien an die Wasser- und Kanalisationsleitungen der Gemeinde angeschlossen. Aus dem Umstand, dass sie eine Reduktion der Wasser- und Kanalisationsgebühren verlangt hätten, könne nicht geschlossen werden, dass es sich nicht um altrechtliche Wohnungen im Sinne des ZWG handle. Der Wohnungsbegriff nach ZWG sei ein bundesrechtlicher, die Wasser- und Kanalisationsgebühren hätten damit nichts zu tun. Das Verwaltungsgericht habe im Urteil R 17 22 vom 31. August 2017 die Frage, ob es sich um altrechtliche Wohnungen handle, nicht materiell behandelt, weil es die Beschwerdelegitimation verneint habe und deshalb auf die Beschwerde gar nicht eingetreten sei. Da die fraglichen Wohnungen zudem amtlich geschätzt worden seien, bestehe die gesetzliche Vermutung, dass die Wohnungen tatsächlich errichtet worden seien, denn eine amtliche Schätzung setze das Bestehen eines Neubaus voraus. Die Bauabnahme habe am 26. Oktober 2011 stattgefunden, die Wohnungen hätten damit vor dem Referenzzeitpunkt (11. März 2012) bereits bestanden. Das Gesetz verlange nicht, dass die Wohnungen zu diesem Zeitpunkt allesamt vollständig ausgebaut waren. 3.3. Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Vernehmlassung vom 8. Mai

2018 und in der Duplik vom 6. August 2018 aus, in den Räumlichkeiten im 1. und 2. OG fehlten nicht nur sämtliche Küchen-, sondern auch die Sanitäreinrichtungen wie Bad, Dusche, WC und Waschbecken. Die Nassbereiche seien nicht gefliest und deren Wände auch nicht verputzt. Der Umstand, dass eine amtliche Schätzung der nicht ausgebauten Räume vorliege, sei irrelevant, zumal sich deren Qualifikation als Wohnung nach dem ZWG und

- 14 - nicht nach dem kantonalen Schätzungsrecht richte. Dem Urteil des Verwaltungsgerichts R 17 22 vom 31. August 2017 könne entnommen werden, dass die Verfügung vom 20. Februar 2017 hinsichtlich der nicht ausgebauten Räumlichkeiten im 1. OG in Rechtskraft erwachsen sei, was a priori die behauptete Nichtigkeit ausschliesse. Auch habe das Verwaltungsgericht festgehalten, dass die Räumlichkeiten im 2. OG nicht fertiggestellt seien. Die Beschwerdegegnerin führt mit Hinweis auf Art. 4 ZWG weiter aus, der Erlass einer Feststellungsverfügung sei zulässig, weil die Gemeinde auch ausserhalb von Bewilligungsverfahren die unterschiedlichen Wohnungskategorien ermitteln müsse und weil vorliegend ein eminentes Interesse an der Klärung des umstrittenen rechtlichen Status der Räumlichkeiten im 2. OG bestehe. Ferner sei die Verfügung vom 20. Februar 2017 keineswegs nichtig, entsprechende Nichtigkeitsgründe hätten die Beschwerdeführer, mit Ausnahme der angeblich fehlenden gesetzlichen Grundlage, nicht vorgebracht. Bezüglich dieser Verfügung betreffend die Räumlichkeiten im 1. OG bestünden auch keine Widerrufsgründe im Sinne von Art. 25 Abs. 1 VRG, zumal sich die Sach- und Rechtslage nicht geändert habe. Folglich sei sie zu Recht nicht auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten. Die Rechtslage bezüglich der Wohnung im 1. OG sei damit geklärt und es bestehe kein Raum für weitere Feststellungsverfügungen. Die Räumlichkeiten im 2. OG stellten keine altrechtliche Wohnung im Sinne von Art. 10 ZWG dar, weil die im Frühjahr 2009 erteilte Baubewilligung gemäss Art. 91 KRG für die nie ausgebauten Räume im 2. OG nach zwei Jahren verfallen sei. Eine Wohnung müsse bezugsbereit sein, damit sie als Wohnung im Rechtssinne gelten könne. Die Eignung zur Wohnnutzung fehle den Räumlichkeiten im 2. OG, weil nicht nur die Küchen-, sondern auch die Sanitäreinrichtungen fehlten, die Nassbereiche nicht gefliest und deren Wände nicht verputzt seien und sämtliche Bodenbeläge fehlten, mithin sei der Innenausbau noch nicht erfolgt. Die Kosten dafür dürften erheblich sein, weshalb nicht von unerheblichen baulichen Investitionen zur Her-

- 15 - stellung der Bewohnbarkeit geredet werden könne. Auch sei baulich eine Wohnnutzung noch gar nicht definiert, denkbar sei nämlich auch eine Nutzung als Büro, Therapieräume, Ateliers, stilles Gewerbe, Archive etc. Daran würden auch die Gebührenreduktion und die amtliche Schätzung, auf deren Basis die Anschlussgebühren veranlagt worden seien, nichts ändern. 4. Gemäss Art. 11 VRG ermittelt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen (Abs. 1), wobei die am Verfahren Beteiligten zur Mitwirkung verpflichtet sind (Abs. 2). Die Behörde erhebt die notwendigen Beweise; dabei ist sie nicht an die Begehren der Parteien zur Ermittlung des Sachverhalts gebunden (Art. 11 Abs. 3 VRG). Zu den Beweismitteln gehören u.a. auch Augenscheine (lit. e). 4.1. Vorliegend beantragen die Beschwerdeführer die Durchführung eines Augenscheins in den Räumlichkeiten im 1. und 2. OG des fraglichen Mehrfamilienhauses. Dabei geht es ihnen darum aufzuzeigen, in welchem Zustand sich die fraglichen Räume befinden. 4.2. Das Verwaltungsgericht gelangt aufgrund der Aktenlage zum Schluss, dass die Durchführung eines Augenscheins zur Feststellung des relevanten Sachverhalts nicht

erforderlich ist. Bei den Akten befinden sich verschiedene Fotografien (Bf-act. 8, Akten der Beschwerdegegnerin [Bg-act.] 2), auf denen der Zustand der fraglichen Räumlichkeiten ersichtlich ist. Auf deren Basis ist das Gericht in der Lage, eine Entscheidung zu fällen. Der entsprechende Beweisantrag der Beschwerdeführer wird daher abgelehnt. 5. Vorerst ist zu prüfen, ob bezüglich der angefochtenen Verfügungen vom 20. Februar 2017 (Bf-act. 6) und vom 5. März 2018 (Bf-act. 5) eine Nichtigkeit, mithin ein schwerwiegender Fehler (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgeme-

- 16 - meines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2016, 7. Aufl., Rz. 1133) vorliegt oder nicht.

#### **E. 15**

Januar 2018 (Bf-act. 13) betreffend die Verfügung vom 20. Februar 2017 sei einzutreten, dieses sei gutzuheissen und die Verfügung vom 20. Februar 2017 sei zu widerrufen.

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