

# GR\_GERICHTE R 2018 82 vom 19. Februar 2019

GR Gerichte, 2019-02-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2018\\_82](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2018_82)

FR: GR\_GERICHTE R 2018 82 du 19 février 2019

IT: GR\_GERICHTE R 2018 82 del 19 febbraio 2019

## Regeste

Bauaufgabe | Baurecht

## Erwägungen

### E. 5

Am 11. Dezember 2018 hielt die Beschwerdeführerin replicando an ihren Rechtsbegehren fest. Prozessualiter beantragte sie, es sei das Verfahren für dringlich zu erklären. Zwar seien geringfügige Abweichungen gegenüber dem GEP zulässig. Es dürfe allerdings nicht sein, dass die im GEP festgesetzte Fusswegverbindung nun ohne weiteres auf das Grundstück der Beschwerdeführerin verlegt werde, aus dem Grund, dass aktuell auf Parzelle Z.2.\_\_\_\_\_ ein Bauvorhaben realisiert werde und nicht auf dem Nachbargrundstück. Die Beschwerdeführerin dürfe nicht die Situation ausnützen, um die Beschwerdeführerin unter dem Druck des sich verzögernden Bauvorhabens dazu zu bringen, der Beschwerdeführerin ungerechtfertigt eine Dienstbarkeit einzuräumen. Dies sei rechtswidrig und gar willkürlich. Mit dem Neubauprojekt würden keine präjudiziellen Fakten geschaffen, die einer allfälligen Projektierung und Umsetzung einer Fusswegverbindung entgegenstünden. Der Neubau komme nicht näher an die Grenze bzw. in den Bereich der im GEP eingetragenen Fusswegverbindung zu liegen als das bisherige Gebäude. Auch die Umgebung erfahre keine Umgestaltung, die eine Fusswegverbindung erschwere. Es stimme nicht, dass die Situation negativ präjudiziert respektive zugebaut werde. Es stimme auch nicht, dass die Quartierdurchlässigkeit ohne die angefochtene Auflage nicht erreicht werden könnte. Es seien keine baulichen Massnahmen oder Bepflanzungen vorgesehen, die nachher nur schwer zurück gebaut werden könnten, wie es die Beschwerdeführerin fälschlicherweise behauptete. Die Bepflanzungen nahe dem (Anm.: vorbestandenem) Schopf seien vorbestanden. Ein Teil der Bepflanzung sei schon mit dem Abriss beseitigt worden.

- 8 - Parzelle Z.3.\_\_\_\_\_ verfüge bereits heute über einen Weg, der entlang der Parzellengrenze bis fast zum Fluss reiche. Hier würden sich die baulichen Massnahmen für eine Wegverbindung in Grenzen halten, sollte die Beschwerdeführerin den Fussweg hier konkret umsetzen wollen. Wohl aus diesem Grund sei der Weg auf dem GEP so eingezeichnet worden. Die Möglichkeit, im Rahmen einer allfälligen Projektierung der Fusswegverbindung einvernehmliche Lösungen mit den betroffenen Grundeigentümern zu finden, bleibe unverändert bestehen. Ebenso möglich sei ein Landserwerb auf dem Enteignungsweg.

### E. 6

Am 8. Januar 2019 beantragte die Beschwerdeführerin duplicando die Abweisung der Beschwerde. Die noch nicht freigegebenen Baumeister- bzw. Hochbauarbeiten verbauten

die im GEP vorgeschriebene Wegführung. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der bundesrechtlichen Planungsgrundsätze (Art. 3 Abs. 3 lit. c RPG) und der Grundordnung seien stärker zu gewichten als die privaten Interessen an der Einhaltung des Bauprogramms für ein Wohnhaus. Der Instruktionsrichter dürfe einem allfälligen Gesuch auf weitere Baufrei- gabe nicht nachkommen. Die Beschwerdeführerin könne sich nicht der Regelung im GEP entziehen, indem sie einfach behaupte, der besagte Fussweg sei nicht auf ihrer Par- zelle vorgesehen. Die Festsetzung sei ein Signet, wonach in diesem Be- reich der Fussweg vorgesehen sei. Seien die konzeptionellen Vorgaben eingehalten, seien bei der Projektierung geplanter Anlagen geringfügige Abweichungen gegenüber dem GEP zulässig. Die Baubehörde nehme richtigerweise die Gelegenheit für einen Rechtserwerb wahr, weil nur auf Parzelle Z.2.\_\_\_\_\_ eine Neuüberbauung geplant sei und somit die Weg- führung ohne Weiteres in die Planung einfliessen könne. Es wäre unver- hältnismässig, den Eigentümer von Parzelle Z.3.\_\_\_\_\_ diesbezüglich in die Pflicht zu nehmen, obwohl dort baulich keine Änderungen anstünden. Des- wegen sei die Beschwerdeführerin im Baubescheid zu Recht verpflichtet

- 9 - worden, Hand für eine einvernehmliche Vertragslösung zu bieten. Könne sich die Beschwerdeführerin nur mit der Begründung, ihr Bauvorhaben sei dringlich, der Einhaltung raumplanungsrechtlicher Bestimmungen entledi- gen, werde das Ziel der Verbindung der Gemeindequartiere durch Fuss- und Spazierweg zur Makulatur. Das Gericht solle den Blick auf das ge- samte Fusswegnetz und die quartierübergreifenden Zusammenhänge wer- fen und sich bei seiner Beurteilung nicht auf den Planausschnitt der nähe- ren Umgebung des Baugrundstückes beschränken.

## **E. 7**

Am 21. Januar 2019 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin seine Honorarnote ein (16.83 h à Fr. 270.-- = Fr. 4'545.--, Mehrwertsteuer

### **E. 7.7**

% = Fr. 349.96 = total Fr. 4'894.96). Diese wurde der Beschwerdegeg- nerin am 22. Januar 2019 zur Kenntnis gebracht. Auf die weiteren Vorbringen und Argumente der Parteien wird, soweit er- forderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.1. Nach 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. Angefochten ist vorliegend der Baubescheid Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ vom 25. September 2018 der Beschwerdegegnerin mit der darin enthaltenen Auflage in Ziff. 4.1.1 (Aufforderung zur Eintragung einer Weg- dienstbarkeit ['öffentliches Fusswegrecht'] auf Bauparzelle im Grundbuch zulasten der Beschwerdeführerin). Dieser kommunale Bauentscheid ist weder endgültig noch kann er bei einer anderen Instanz angefochten wer-

- 10 - den, womit er ein taugliches Anfechtungsobjekt für ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden darstellt. 1.2. Als formelle und materielle Adressatin der angefochtenen Bauauflage unter Ziff. 4.1.1 ist die Beschwerdeführerin als Bauherrin und Eigentümerin der Bauparzelle Nr. Z.2.\_\_\_\_\_ offensichtlich im Sinne von Art. 50 VRG berührt, weil sie stärker als Dritte oder die Allgemeinheit von der Aufforderung zur Einräumung einer Wegdienstbarkeit über ihr Grundstück betroffen ist und somit in einer besonders beachtenswerten, nahen Beziehung zum Streit- gegenstand

steht (vgl. BGE 139 II 279 E.2.3). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens beeinflusst werden kann (BGE 137 II 30 E.2.2. und 139 II 279 E.2.2). Ein solch schutzwürdiges Interesse ist für die Beschwerdeführerin mittels gerichtlicher Überprüfung der verhängten Bauauflage sicherlich zu bejahen, womit ihr auch die Beschwerdelegitimation zukommt. Gemäss Art. 52 Abs. 1 VRG ist die Beschwerde zudem schriftlich innert 30 Tagen seit Mitteilung des angefochtenen Entscheids einzureichen. Die umstrittene Bauauflage datiert vom 25. September, mitgeteilt am 2. Oktober 2018, wogegen am 24. Oktober 2018 und somit nachweislich rechtzeitig innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist Beschwerde beim dafür zuständigen Verwaltungsgericht erhoben wurde (Art. 49 Abs. 1 lit. a; Art. 50 ff. VRG). Auf die Beschwerde ist daher – unter nachfolgenden Präzisierungen (E. 1.3-1.4) – einzutreten. 1.3. Die von der Beschwerdeführerin beantragte zeitliche "Dringlicherklärung" des vorliegenden Verfahrens ist nicht nötig. Die nächsten Gerichtsferien – s. dazu Art. 39 Abs. 1 lit. a VRG, wonach die Fristen vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern stillstehen (Ostergerichtsferien) – dauern dieses Jahr vom 14. April bis zum 28. April 2019. Das vorliegende Verfahren wird mit der heutigen Mitteilung des Urteils abgeschlossen.

- 11 - 1.4. Weiter ist zu beachten, dass die angefochtene Auflage durch die vorsorgliche Massnahme des Instruktionsrichters nur in jenem Umfang gegenstandslos geworden ist, als die Abbruch- und Aushubarbeiten und die dazugehörigen Vorbereitungsarbeiten auf Parzelle Z.2.\_\_\_\_\_ gemäss Baubescheid Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ mit dem Baubeginn verknüpft waren. Die übrigen Arbeiten, namentlich die Baumeister- und Hochbauarbeiten werden aber nach wie vor durch die angefochtene Auflage verunmöglicht; diesbezüglich wurde das Massnahmegesuch vom Instruktionsrichter abgewiesen. 2.1. In materieller Hinsicht gilt es zunächst auf die massgebenden Vorschriften auf Stufe Bund, Kanton und Gemeinde hinzuweisen, welche da sind: Das Bundesgesetz über die Raumplanung (hiernach Art. 22 RPG; SR 700), das Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege (richtungsweisend Art. 2 FWG; SR 704), das Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden (hiernach Art. 89 und 90 KRG; BR 801.100), sowie das kommunale Baugesetz (mit konzeptionellen Vorgaben gemäss Art. 7, Art. 83, 86 BG; RB 611) samt Gesetz für einen menschen- und umweltfreundlichen Gemeindeverkehr (wegleitend Art. 2 GStV; RB 661) der Beschwerdeführerin. Zudem wird besonders noch die sachenrechtliche Vorschrift des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (hiernach Art. 732 ZGB; SR 210) zu beachten sein. 2.2. Gemäss Art. 22 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. "Bewilligen" bedeutet dabei, seitens der Behörden festzustellen, dass dem Bauvorhaben kein baupolizeiliches Hindernis entgegensteht. Insbesondere muss das Bauvorhaben den im Nutzungsplan ausgedrückten räumlichen Ordnungsvorstellungen und allen übrigen planerischen sowie baupolizeilichen Vorschriften entsprechen. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen und Bedingungen jedoch erfüllt, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Baubewilligung. Von einer blos-

- 12 - sen Polizeibewilligung kann nach der Rechtsprechung jedoch nicht die Rede sein, vielmehr wird von einer raumordnungsrechtlichen bzw. gemischt polizeilich-planungsrechtlichen Bewilligung gesprochen. Der Grund liegt darin, dass die planungsrechtlich motivierten Vorschriften (wie z.B. Gestaltungsvorschriften) den Bewilligungsbehörden einen Gestaltungs- und Ermessensspielraum eröffnen, was im

Polizeirecht unüblich ist (vgl. PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, S. 336 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung). 2.3. Zu prüfen ist vorliegend, ob die Verknüpfung der noch nicht ausgeführten Arbeiten mit dem Baubeginn rechtmässig ist. Dies ist zu verneinen, wurde doch die Baubewilligung von der Beschwerdegegnerin erteilt und hat die Auflage "Vor Baubeginn muss das öffentliche Fusswegrecht gemäss Generellem Erschliessungsplan (GEP) auf dem Grundstück Nr. Z.2.\_\_\_\_\_ als Dienstbarkeit grundbuchlich geregelt werden" für die Beschwerdegegnerin nur eine Sicherungsfunktion. Es handelt sich weder um einen inhaltlichen oder formalen Mangel des Bauvorhabens noch um eine Anordnung zur Schaffung oder Erhaltung des rechtmässigen Zustands. Mit der Erteilung der Baubewilligung hat die Beschwerdegegnerin festgestellt, dass alle Vorschriften des kommunalen, kantonalen und eidgenössischen Rechts – und insbesondere auch der GEP – eingehalten sind (vgl. Art. 89 Abs. 1 KRG). Art. 89 KRG (regelt die Bewilligungsvoraussetzungen) und Art. 90 KRG (äussert sich zu den zulässigen Nebenbestimmungen mittels Auflagen, Bedingungen oder Befristungen) stellen folglich auch keine gesetzliche Grundlage für das Vorgehen der Beschwerdegegnerin dar. Überhaupt fehlt eine gesetzliche Grundlage für die Verknüpfung des Baubeginns für die noch nicht ausgeführten Arbeiten mit dem der angefochtenen Auflage – es sei denn, man berufe sich auf die Polizeigeneralklausel, deren Voraussetzungen indessen hier mit Sicherheit nicht gegeben sind. Deren Anwendbarkeit beschränkt sich nämlich auf ein fundamentales Rechtsgut, welches

- 13 - von einer schweren und unmittelbaren Gefahr beeinträchtigt wird; sodann wird eine zeitliche Dringlichkeit verlangt und es dürfen keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Gefahrenabwehr zur Verfügung stehen. Ausserdem war die Gefahrenlage für den Gesetzgeber atypisch und/oder nicht vorhersehbar (vgl. ANDREAS ZÜND und CHRISTOPH ERRAS, Die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz, in ZBJV 2011, 261 ff.). Die von der Beschwerdegegnerin zitierten gesetzlichen Grundlagen sind nur Rahmen- oder Programmbestimmungen und bilden keine gesetzliche Grundlage für das von der Beschwerdegegnerin gewählte Vorgehen für die Sicherung des geplanten Fusswegrechtes (vgl. zur Zulässigkeit einer Auflage im Baubewilligungsverfahren: PVG 2008 Nr. 21). 2.4. Die erwähnte Verknüpfung ist zudem nicht verhältnismässig und überdies willkürlich. Nachdem bis heute nicht klar ist, wo der im GEP festgesetzte Fussweg genau verlaufen soll, hiesse das für die Beschwerdeführerin, mit ihrem bewilligten und somit festgestellt rechtmässigen Bauvorhaben zuzuwarten, bis diesbezüglich Klarheit geschaffen ist. Selbst – wenn dies innert Wochen oder Monaten der Fall sein könnte – wäre die Verhältnismässigkeit nicht gegeben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, § 8 N 514 ff., im Besonderen N 530 bzw. 543). Diese Anordnung hätte einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Beschwerdeführerin zur Folge. 2.5. Weiter trifft nicht zu, dass mit dem geplanten Bauvorhaben das mögliche Trasse für einen Fussweg auf Parzelle Z.2.\_\_\_\_\_ "zugebaut" wird. Der Vorplatz Richtung B.\_\_\_\_\_ -strasse ist entlang der Grenze zu Parzelle Z.3.\_\_\_\_\_ auf einer Länge von ca. 6 m über 5 m breit geplant. Anschliessend entlang der Südostgrenze von Parzelle Z.2.\_\_\_\_\_ B.\_\_\_\_\_ -wärts wird gemäss Plan Südostfassade und Plan "Grundriss Erdgeschoss" und "Situation" an der Südostfassade die Abgrabung für die Einliegerwohnung vorgenommen (vgl. beschwerdeführerische Akten [Bf-act.] 3 [Situationsplan])

- 14 - und 4 [Grundriss Erdgeschoss] bzw. beschwerdegegnerische Akten [Bg-act.] 1 mit integrierten Beilagen [Plan Grundriss Erdgeschoss], [Situations-plan] und [Abbruchplan]). Die Abgrabung ist von aussen mit einer Treppe erschlossen. Der zwischen der Abgrabung und der gemeinsamen Grenze mit Parzelle Z.3.\_\_\_\_\_ verbleibende Durchgang ist lediglich auf einer Länge von ca. 7.5 m "nur" ca. 1.35 m breit (s. Bf-act. 3 und 4). Sollte diese Breite – was angesichts der kurzen Distanz von ca. 7.5 m nicht zu erwarten ist – nicht genügen, könnte dafür zusätzlich Gelände von Parzelle Z.3.\_\_\_\_\_ beansprucht werden – was ja ohnehin gemäss GEP vorgesehen und möglich ist (vgl. Bf-act. 2 und Bg-act. 2). Ebenfalls ist das B.\_\_\_\_\_wärts an die Abgrabung anschliessende Teilstück zwischen der Abgrabung und dem bestehenden Schopf auf einer Länge von ca. 8 m über 5 m breit. Dort mögliche Bepflanzungen mit Sträuchern, soweit nicht ohnehin vorbestanden, könnten jedenfalls ohne grösseren Aufwand entfernt werden, würde sich die Notwendigkeit dafür ergeben. Nur der – nota bene vorbestandene und deshalb für die Behauptung, es werde "zugebaut", gar nicht massgebende – in der Ecke zwischen der Südost- und Südwestgrenze von Parzelle Z.2.\_\_\_\_\_ befindliche Schopf reicht bis an die südöstliche Grundstücksgrenze und bildet so ein mögliches Hindernis für den geplanten Fussweg. 2.6. Zudem wird das öffentliche Interesse an der Verbindung von Gemeindefürten nicht tangiert, bleibt doch die Rechtslage bezüglich des geplanten Fussweges wie sie war. Die Beschwerdegegnerin hat nach wie vor das im GEP vorgesehene Recht, den geplanten Fussweg zu realisieren. 2.7. Hinzu kommt, dass mit dem Wissensstand von heute über den geplanten Fussweg gar keinen gesetzlichen Vorschriften des ZGB genügender Grunddienstbarkeitsvertrag abgeschlossen und ins Grundbuch eingetragen werden könnte. Art. 732 Abs. 2 ZGB lautet wie folgt: "Beschränkt sich die Ausübung einer Dienstbarkeit auf einen Teil des Grundstücks und ist

- 15 - die örtliche Lage im Rechtsgrundausweis nicht genügend bestimmbar umschrieben, so ist sie in einem Auszug des Planes für das Grundbuch zeichnerisch darzustellen." Es muss eine einwandfreie Feststellung des Geltungsbereichs der Dienstbarkeit möglich sein (vgl. dazu BSK ZGB II-PETIT-PIERRE Art. 732 N 12a ff. und CHK T. GÖKSU, ZGB 732 N 7). 2.8. Nachdem ein grundbuchlicher Vollzug ausgeschlossen ist, weil zurzeit keine sachdienlichen Angaben über den möglichen Verlauf des geplanten Weges existieren, ist die Verknüpfung zwischen Auflage und Baubeginn auch aus diesem Grund nicht sachlich gerechtfertigt und damit unverhältnismässig. 2.9. Bei dieser Ausgangslage muss nicht (mehr) entschieden werden, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt eine Verfügung erlassen kann, womit eine Bauherrschaft – auch ohne die Verknüpfung mit dem Baubeginn - dazu angehalten werden kann, einen derartigen Grunddienstbarkeitsvertrag abzuschliessen. 2.10. Wird die angefochtene Auflage aber aufgehoben, ist auf die von der Beschwerdeführerin beantragte Feststellung – der Baubeginn sei nicht von der grundbuchlichen Eintragung des öffentlichen Fusswegrechts gemäss Generellem Erschliessungsplan (GEP) auf dem Grundstück Nr. Z.2.\_\_\_\_\_ als Dienstbarkeit abhängig – mangels Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Dem ist so, weil (nur subsidiäre) Feststellungsbegehren keinen Platz haben, wenn Leistungsbegehren möglich sind. 3.1. Zusammengefasst ergibt sich somit, dass die Beschwerde vom 24. Oktober 2018 gutzuheissen ist, soweit darauf einzutreten und sie nicht gegenstandslos geworden ist. Die Ziff. 4.1.1 des Baubescheids Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ vom 25. September 2018 ist infolgedessen aufzuheben, soweit sie nicht bereits zuvor (Bauaushub; Abbruch) gegenstandslos geworden ist.

- 16 - 3.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Das Gericht erachtet vorliegend nach pflichtgemäsem Ermessen eine Staatsgebühr von Fr. 3'000.-- für angezeigt und gerechtfertigt. 3.3. Aussergerichtlich hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin für die 'notwendig verursachten Kosten' dieses Verfahren nach Art. 78 Abs. 1 VRG zu entschädigen. Es kann dafür auf die Honorarnote vom 21. Januar 2018 des Anwalts der Beschwerdeführerin (mit Honorarvereinbarung vom 15. Januar 2018 und Stundenansatz Fr. 270.--) in der Höhe von insgesamt Fr. 4'894.95 (bestehend aus: Arbeits-/Zeitaufwand 16.8333 Std. à Fr. 270.-- [Fr. 4'545.--] plus 7.7 % MWST [gerundet Fr. 349.95]) verwiesen und diese anwaltliche Kostennote unverändert übernommen werden. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin in diesem Umfang also eine Par-teientschädigung zu bezahlen. Demnach erkennt das Gericht:

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