

GR_GERICHTE R 2021 96 vom 16. März 2022

GR Gerichte, 2022-03-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2021_96

FR: GR_GERICHTE R 2021 96 du 16 mars 2022

IT: GR_GERICHTE R 2021 96 del 16 marzo 2022

Regeste

Baueinsprache - PVG 2022 Nr. 21 | Baurecht

Erwägungen

E. 1

Die Baugesellschaft C._____ hatte der Gemeinde B._____ bereits anfangs 2019 ein Baugesuch unterbreitet, gemäss dem das auf der Par- zelle E._____ bestehende Mehrfamilienhaus F._____ abgebro- chen und durch einen Neubau ersetzt werden sollte. Im Erdgeschoss war eine grosse Erstwohnung mit Gartenanlage vorgesehen, in den Oberge- schossen drei Zweitwohnungen. Für dieses Bauvorhaben hatte der Ge- meindevorstand am 7. Oktober 2019 die Baubewilligung erteilt und die da- gegen erhobenen Einsprachen abgewiesen, worauf die Einsprecher die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden weiterzogen. Im Laufe dieses Verfahrens zog die Baugesellschaft C._____ das Bau- gesuch zurück, weil das Bundesgericht inzwischen in einem ähnlich gela- gerten Fall festgestellt hatte, dass eine Erweiterung der vorbestandenen Hauptnutzfläche bei einem Abbruch und Wiederaufbau nicht zulässig ist.

E. 1.1

Dieser Entscheid ergeht gestützt auf die Regel in Art. 8 Abs. 2 des Spra- chengesetzes des Kantons Graubünden (SpG; BR 492.100) in deutscher Sprache, zumal diese die Sprache des angefochtenen Entscheids ist.

E. 1.2

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 eidgenössi- schem Recht endgültig sind. Der angefochtene Bau- und Einspracheent- scheid der Beschwerdegegnerin 1 vom 27. Juli 2021 ist weder endgültig noch kann er bei einer anderen Instanz angefochten werden. Folglich stellt er ein taugliches Anfechtungsobjekt für ein Verfahren vor dem Verwal- tungsgericht des Kantons Graubünden dar.

E. 1.3

Fraglich ist jedoch die fristgerechte Einreichung der Beschwerde gestützt auf 52 Abs. 1 VRG, wonach die Beschwerde schriftlich innert 30 Tagen seit Mitteilung des angefochtenen Entscheids beim Verwaltungsgericht einzureichen ist. 1.3.1.1. Eine Verfügung gilt in der Regel in dem Zeitpunkt als eröffnet, in dem sie in den Machtbereich des Adressaten gelangt (vgl. BGE 142 III 599 E.2.4.1). Wird der Empfänger einer eingeschriebenen Briefpostsendung oder Gerichtsurkunde nicht angetroffen und wird daher

eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, so wird die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in welchem sie auf der

- 6 - Poststelle abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, wird angenommen, dass die Sendung am letzten Tag dieser Frist zugestellt wurde. Diese sogenannte Zustellfiktion rechtfertigt sich, weil für die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht besteht dafür zu sorgen, dass behördliche Akte ihnen zugestellt werden können. Diese Rechtsprechung gilt mithin während eines hängigen Verfahrens und wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Zustellung eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheides oder einer Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechnen müssen (BGU 2C_284/2014 E.4.2 mit Verweis u.a. auf BGE 138 III 225 E.3.1, 130 III 396 E.1.2.3). 1.3.1.2. Die völkerrechtskonforme Auslandszustellung ist unabhängig vom ausländischen Recht auch dann rechtswirksam, wenn sie im Fall einer inländischen Zustellung am Ort der Schweizer Verfügungsbehörde rechtswirksam wäre. Wenn das Schweizer Recht spezifische Regeln über die Auslandszustellung enthält, so setzt eine gültige Eröffnung deren Einhaltung voraus. Vorbehalten bleiben völkerrechtliche Zustellregeln (WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020, Rz. 3538 mit Verweis u.a. auf BGE 90 III 8, 117 III 10 E.4 f. und BGU 1C_236/2016 E.3.6). 1.3.1.3. Gestützt auf das Europäische Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland (SR 0.172.030.5) kann jeder Vertragsstaat Personen, die sich im Hoheitsgebiet anderer Vertragsstaaten befinden, Schriftstücke unmittelbar durch die Post zustellen lassen (Art. 11 Ziff. 1 des Übereinkommens). Wird ein Schriftstück zur Zustellung im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaats übermittelt, so muss dem Empfänger, wenn diese Zustellung für ihn eine Frist in Gang setzt, eine von dem ersuchenden Staat festzulegende angemessene Zeit von der Übergabe des Schriftstücks an eingeräumt werden, um je nach Lage des

- 7 - Falles beim Verfahren anwesend zu sein, sich vertreten zu lassen oder die erforderlichen Schritte zu unternehmen (Art. 15 des Übereinkommens).

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführerin hatte im vorinstanzlichen Verfahren einen Rechtsvertreter in der Person von RA H. _____ bestellt. Aufgrund des hängigen Baueinspracheverfahrens musste dieser mit einer Zustellung eines entsprechenden Entscheides der Beschwerdegegnerin 1 rechnen. Der angefochtene Bau- und Einspracheentscheid wurde am 11. August 2021 dem in Bologna ansässigen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mitgeteilt (bzw. der Schweizerischen Post übergeben). Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin, durfte die Beschwerdegegnerin 1 gestützt auf das am 1. Oktober 2019 in Kraft getretene, obgenannte Übereinkommen den angefochtenen Entscheid direkt durch die Post in Italien zustellen (vgl. Art. 11 Ziff. 1 des Übereinkommens; WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 3507). Gemäss der Sendungsverfolgung (vgl. esito della spedizione delle Poste Italiane [Bf-act. 4]) stellte die italienische Post (Poste Italiane) den angefochtenen Entscheid am 9. September 2021 dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in Bologna zu. Das Einschreiben lag aber bereits am 21. August 2021 (offenbar nach erfolglosem Zustellversuch) in der Postfiliale in Bologna zur Abholung bereit. Für eingeschriebene Sendungen bestehen in Italien längere Abholungsfristen von bis zu 30 Tagen. Das hat aber nicht zur Folge, dass die Zustellfiktion nach Ablauf der Abholungsfrist von sieben Tagen um eine allfällige, vom (ausländischen) Postdienst gewährte, längere Aufbewahrungsfrist verlängert wird. Die Anwendung der Zustellfiktion

gemäss Schweizer Rechtsprechung auf der vorliegenden Auslandzustellung ist mit dem oben dargelegten Art. 15 des genannten Übereinkommens vereinbar, welcher der Beschwerdeführerin namentlich zur Ergreifung der erforderlichen (Rechts-)Schritte die Einräumung einer angemessenen Zeit von der Übergabe des Entscheids an vorschreibt. Die Zustellfiktion trat am 27. August 2021 ein. Die Be-

- 8 - schwerdefrist von 30 Tagen (Art. 52 Abs. 1 VRG) begann somit am darauf folgenden Tag, dem 28. August 2021, zu laufen (Art. 7 Abs. 1 VRG) und endete am Montag, dem 26. September 2021. Der Beschwerdeführerin stand demnach eine angemessene Zeit zur Beschwerdeerhebung zur Verfügung. Die Beschwerde trägt den Poststempel vom 11. Oktober 2021 und ist deshalb verspätet.

E. 1.3.3

Der Einwand der Beschwerdeführerin, der angefochtene Entscheid sei nicht in einer ihr verständlichen Amtssprache am Zustellort eröffnet worden, weshalb sie nun dessen Annahme verweigere, ist, wie nachfolgend dargestellt wird, unberechtigt.

E. 1.3.3.1

Lehnt der Empfänger die Annahme des Schriftstücks mit der Begründung ab, dass er die Sprache nicht versteht, in der es abgefasst ist, so lässt die zentrale Behörde des ersuchten Staates das Schriftstück in die Amtssprache oder eine der Amtssprachen dieses Staates übersetzen. Sie kann auch die ersuchende Behörde auffordern, das Schriftstück in die Amtssprache oder eine der Amtssprachen des ersuchten Staates übersetzen oder ihm eine Übersetzung in diese Sprache beifügen zu lassen (Art. 7 des obgenannten Übereinkommens). Eine Verfügung, die gegen staatsvertraglichen Sprachvorschriften verstösst, ist allerdings nur dann als nichtig zu erachten, wenn der Mangel nach Auffassung der ersuchten Behörde eine wirksame Eröffnung – mangels Verständlichkeit – verunmöglichte (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a. O., Rz. 3538 m.H.a. BGE 129 III 750 E.3.1).

E. 1.3.3.2

Im vorliegenden Fall hätte der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin den in deutscher Sprache verfassten Entscheid aufgrund Unverständlichkeit im Nachgang der Zustellung bzw. Abholung bemängeln müssen. Da dieser den angefochtenen Entscheid widerspruchslos entgegengenommen hat, erfolgt die Berufung auf einen Sprachmangel im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu spät. Zudem kann nicht davon ausge-

- 9 -
gangen werden, dass der Entscheid mangels Verständlichkeit nicht wirksam eröffnet werden konnte und deshalb nichtig ist, hatte doch die Beschwerdeführerin bzw. ihr Rechtsvertreter während des vorinstanzlichen Einspracheverfahrens die Zustellung aller Schriftstücke (in deutscher Sprache) nie beanstandet.

E. 1.3.4

Die Beschwerdeführerin macht ferner geltend, der Entscheid hätte zusammen mit einem Begleitschreiben gemäss Ziff. f. Erklärung (der Schweiz) zu Art. 11 Ziff. 2 des genannten Übereinkommens übermittelt werden müssen. Die entsprechende Erklärung lautet wie folgt: "Die Schweiz lässt die Zustellung unmittelbar durch die Post zu. Ist der Empfänger Schweizer Staatsangehöriger oder Staatsangehöriger eines dritten Staates oder ist er staatenlos, so muss das Schriftstück zusammen mit einem Schreiben übermittelt werden, aus dem hervorgeht, dass der Empfänger von der im Schreiben bezeichneten Behörde Informationen über seine Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Zustellung der

Schriftstücke erhalten kann. Das Schreiben muss in einer Sprache, die der Empfänger versteht, oder in einer Amtssprache des Zustellorts verfasst sein. Die Schweiz über- mittelt dem Depositar ein Muster eines solchen Schreibens." Die Be- schwerdeführerin ist Staatsangehörige Italiens und damit eines Vertrags- staats (und nicht eines dritten Staates gemäss oberwählter Erklärung), weshalb diese Erklärung (wohl gemerkt zu Art. 11 Ziff. 2 und nicht zum hier massgebenden Art. 11 Ziff. 1 des obgenannten Übereinkommens) im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist. Und selbst wenn mit dem in der Erklärung verwendeten Begriff "Staatsangehöriger eines dritten Staates" auch Staatsangehörige der Vertragsstaaten des betreffenden Überein- kommens gemeint sein sollten, zöge die unterlassene Zustellung des Be- gleitschreibens im oben beschriebenen Sinn keine Nichtigkeit des Bau- und Einspracheentscheid mit sich, da ein solcher Übermittlungsmangel nicht schwer wiegt. Zudem führte das Nachteilsverbot, wonach dem Ver-

- 10 - fügungsadressaten aus einer mangelhaften Eröffnung keine Nachteile er- wachsen dürfen (vgl. etwa BGU 2C_756/2019 E.3.1), in diesem konkreten Fall nicht zum Ausschluss der Anwendbarkeit der Zustellfiktion gemäss schweizerischer Rechtsprechung. Die Beschwerdeführerin war und ist an- waltlich vertreten. Selbst wenn kein Begleitschreiben übermittelt wurde, woraus es hervorging, von welcher Behörde Informationen über die Zu- stellung des Entscheids zu erhalten waren, hätten ihre Rechtsvertreter die Regeln zur Fristwahrung selbst nachprüfen müssen, sodass das Verpas- sen der Beschwerdefrist weniger auf die mangelnde Übermittlung des Be- gleitschreibens, sondern vielmehr auf einen Fehler der Rechtsvertreter zurückzuführen ist.

E. 1.3.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der angefochtene Entscheid völ- kerrechtskonform eröffnet wurde. Auf die dagegen erhobene, verspätet eingereichte Beschwerde kann nicht eingetreten werden. 2. Gemäss dem Ausgang des Verfahrens werden die Gerichtskosten – bestehend aus einer auf CHF 3'000.00 festgesetzten Staatsgebühr und Kanzleiauslagen – der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt (Art. 73 Abs. 1 VRG). Sie hat ausserdem die obsiegende Beschwerdegegnerin 2 aussergerichtlich zu entschädigen (Art. 78 Abs. 1 VRG). Gemäss der Regel in Art. 78 Abs. 2 VRG steht der Beschwerdegegnerin 1 keine Par- teientschädigung zu, da diese in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 2 hat zwei Honorarnoten am 3. Dezember 2021 und am 12. Januar 2022 eingereicht. Der geltend ge- machte Stundenaufwand ist aber um die Positionen vom 11. November 2021 bis 12. Januar 2022 betreffend das Prozessbeschwerdeverfahren zu kürzen. Bis zum 20. Dezember 2021 ist der Stundenaufwand betreffend die Prozessbeschwerde getrennt aufgeführt. Dieser beträgt 4.5 Stunden. Hingegen sind die Stundenaufwände für die Dupliken zwischen dem 6. und 12. Januar 2022 für beide Verfahren (Haupt- und Prozessbeschwer-

- 11 - deverfahren) zusammen aufgeführt. Aufgrund des (materiell) umfangrei- cheren Inhalts der Replik der Beschwerdeführerin im Hauptverfahren rechtfertigt sich, dieser gesamthaft ausgewiesene Aufwand von 1.5 Stun- den zu einem Drittel (0.5 Stunden) dem Prozessbeschwerdeverfahren zu- zurechnen. Der gesamte, vom Rechtsvertreter geltend gemachte Stun- denaufwand von 14.5 Stunden gemäss beiden Honorarnoten wird dem- nach zur Bestimmung des Stundenaufwands bezüglich des Hauptverfah- rens um 5 Stunden auf 9.5 Stunden herabgesetzt. Es ergibt sich somit ein Honorar von CHF 2'565.00 (9.5 h x CHF 270.00). Die in den Honorarnoten geltend gemachten Spesenpauschalen von CHF

40.00 bzw. CHF 20.00 können ungekürzt übernommen werden, zumal sie zusammen die gemäss Praxis anerkannte Spesenpauschale von 3 % auf dem Honorar nicht übersteigen. Die MWST auf dem Honorar (inkl. Spesen) kann hingegen nicht anerkannt werden. Die Beschwerdegegnerin 2 ist nämlich eine Baugesellschaft und hat daher keine eigene Rechtspersönlichkeit. Rechtsträger sind deren Gesellschafter. Stellvertreter der Baugesellschaft ist die D._____ Immobilien AG, die MWST-pflichtig und deshalb vorsteuerabzugsberechtigt ist. Demzufolge hat die Beschwerdeführerin die vom Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 2 in Rechnung gestellte MWST nicht zu entschädigen. Die Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdegegnerin 2 beträgt somit CHF 2'625.00 (CHF 2'565.00 + CHF 60.00).

- 12 - III. Demnach erkennt das Gericht:

E. 2

Nach entsprechender Überarbeitung des Projekts reichte die Baugesellschaft C._____ anfangs 2021 ein neues Baugesuch ein. Dieses sieht zwar wiederum einen Abbruch der F._____ und den Ersatz durch einen modern gestalteten Kubus vor, im Erdgeschoss und in den Obergeschossen ist indessen die Erstellung von jeweils zwei Erstwohnungen und zwei Zweitwohnungen geplant, und zwar ohne Erweiterung der bestehenden Zweitwohnungs-Hauptnutzflächen.

E. 3

Mit Bau- und Einspracheentscheid vom 27. Juli 2021 erteilte der Gemeindevorstand der Baugesellschaft C._____ die Baubewilligung und wies die von A._____, Eigentümerin einer Wohnung in der benachbarten G._____, dagegen erhobene Einsprache ab.

E. 4

Dagegen reichte A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 11. Oktober 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht ein mit den Anträgen,

- 4 - es sei die Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen; eventueliter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Baugesuch abzuweisen; alles unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gemeinde und der Baugesellschaft C._____. In prozessualer Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin, es sei unter Strafan drohung gemäss Art. 81 VRG die aufschiebende Wirkung zu gewähren; des Weiteren sei ein Gutachten von einem unabhängigen Gutachter einzuholen, um die Sicherheit und die Konformität des Projekts zu beurteilen; alles unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gemeinde und der Baugesellschaft C._____.

E. 5

Gegen die vom Instruktionsrichter mit prozessleitender Verfügung vom 26. Oktober 2021 erteilte Verweigerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde erhob die Beschwerdeführerin am 8. November 2021 Prozessbeschwerde. Mit Entscheid R 21 104 vom 8. Februar 2022 wurde die Prozessbeschwerde gutgeheissen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zugesprochen.

E. 6

In der Vernehmlassung vom 25. Oktober 2021 beantragte die Baugesellschaft C. _____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 2) die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

E. 7

In der Vernehmlassung vom 1. November 2021 beantragte die Gemeinde B. _____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 1) die Abweisung der Beschwerde.

E. 8

In der Replik vom 16. Dezember 2021 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

- 5 -

E. 9

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 verzichtete die Beschwerdegegnerin 2 auf die Einreichung einer Duplik. Die Beschwerdegegnerin 1 liess sich nicht mehr vernehmen. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

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