

# GR\_GERICHTE R 2024 4 vom 16. April 2024

GR Gerichte, 2024-04-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2024\\_4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2024_4)

FR: GR\_GERICHTE R 2024 4 du 16 avril 2024

IT: GR\_GERICHTE R 2024 4 del 16 aprile 2024

## Regeste

Erstwohnungspflicht | Baurecht

## Erwägungen

### E. 2

Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob die auf der Wohnung lastende kommunale Erstwohnungspflicht aufgrund der Nutzung durch den Beschwerdeführer 3 erfüllt wird oder nicht. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer 3 in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ seinen Wohnsitz hat.

- 15 -

### E. 3

Uneinig sind sich die Parteien zunächst darüber, wie der in Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702) aufgeführte Begriff der "Niederlassung" i.S.v. Art. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz, RHG; SR 431.02) zu verstehen ist.

#### E. 3.1

Die Beschwerdeführer sind diesbezüglich der Auffassung, der relevante Anknüpfungspunkt für die Erfüllung der Erstwohnungspflicht i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZWG sei der Begriff der Niederlassungsgemeinde gemäss RHG, d.h. die Gemeinde, in der sich eine Person in der Absicht dauernden Verbleibens aufhalte, um dort den Mittelpunkt ihres Lebens zu begründen, welcher für Dritte erkennbar sein müsse; eine Person werde in derjenigen Gemeinde als niedergelassen betrachtet, in der sie das erforderliche Dokument hinterlegt habe, und könne nur eine Niederlassungsgemeinde haben. Entscheidend für die Erfüllung der Erstwohnungspflicht bzw. die Erstwohnungsnutzung sei daher nach dem klaren Wortlaut die Niederlassung in der betreffenden Gemeinde. Die Voraussetzung der Niederlassung in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ erfülle der Beschwerdeführer 3 unbestrittenermassen.

#### E. 3.2

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass für die Erfüllung der Erstwohnungspflicht i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZWG die Niederlassung in der entsprechenden Gemeinde nicht genüge. Die Pflicht der Erstwohnungsnutzung werde über den Lebensmittelpunkt definiert und könne nicht mittels einer blossen Nebennutzung oder irgendwie gearteten Nutzung (Ausübung von Sporteinheiten, Dampfbadgängen, teilweise Übernachtungen) erfüllt werden. Massgebend sei der Ort, an dem sich die Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhalte, um dort den Mittelpunkt ihres Lebens zu

begründen, welcher für Dritte erkennbar sein müsse. Aus der Botschaft zum ZWG gehe klar hervor, dass eine Person in einer Gemeinde nur eine

- 16 - Wohnadresse bzw. nur eine Erstwohnung haben könne. Der Lebensmittelpunkt müsse sich daher auf eine bestimmte Wohnung beziehen.

### **E. 3.3**

Der Begriff der Niederlassung i.S.v. Art. 3 lit. b RHG berücksichtigt ausdrücklich die Rechtspraxis zum zivilrechtlichen Wohnsitz nach Art. 23 ZGB. Eine handlungsfähige Person kann ihren zivilrechtlichen Wohnsitz grundsätzlich frei wählen. Er befindet sich am Ort, wo sich die Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält und ist nach Art. 23 Abs. 2 ZGB nicht teilbar. Zur Begründung des Wohnsitzes sind der objektive physische Aufenthalt und die subjektive Absicht des dauernden Verbleibens notwendig. Aus welchen Gründen eine Person ihren Lebensmittelpunkt verlegt, spielt keine Rolle. Die innere Absicht des dauernden Verbleibens ist nur soweit massgebend, wie sie nach aussen erkennbar geworden ist. Entscheidend ist deshalb, wo der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen liegt (vgl. hierzu auch VGU R 2022 36 vom 23. Februar 2023 E.3.1, wonach grundsätzlich der Lebensmittelpunkt der betroffenen Person ausschlaggebend ist). Dieser befindet sich normalerweise am Wohnort, wo man schläft, die Freizeit verbringt und die persönlichen Effekten aufbewahrt. Hält sich eine Person abwechselnd an zwei Orten auf, so ist für die Ermittlung des Wohnsitzes ausschlaggebend, zu welchem Ort die stärkere Beziehung besteht. Der Lebensmittelpunkt bestimmt sich nach den gesamten objektiven, äusseren Umständen, nicht nach den erklärten Wünschen der Person. Eine Person kann in ihrer Wohngemeinde selbstverständlich nicht mehrere Wohnungen als Erstwohnungen nutzen, weil sich der Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 2 ZGB nur an einem einzigen Ort befinden kann (vgl. Botschaft zum ZWG, S. 2298; siehe zum Ganzen auch MÖSCHING, in: Wolf/Pfammatter [Hrsg.], Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), Bern 2017, Art. 2 Rz. 10 ff.).

- 17 -

### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten erhellt, dass sich die Niederlassung im Sinne des RHG und damit des ZWG ganz klar auf eine bestimmte Wohnung beziehen muss. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer genügt die Niederlassung in der entsprechenden Gemeinde nicht. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Beschwerdeführer 3, um die Erstwohnungspflicht zu erfüllen, seinen Lebensmittelpunkt in der Wohnung an der F.\_\_\_\_\_ haben muss.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführer werfen der Beschwerdegegnerin vor, in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, den Sachverhalt nicht hinreichend abgeklärt zu haben. In diesem Zusammenhang machen sie insbesondere geltend, dass sich die Beschwerdegegnerin lediglich damit begnügt habe, die Vorbringen der Beschwerdeführer als ungenügend abzutun. Im Übrigen genüge eine einzige Polizeikontrolle im Lichte der Untersuchungsmaxime nicht, um eine gesetzeswidrige Nutzung der Erstwohnung nachzuweisen.

### **E. 4.1**

Im Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach es in erster Linie Sache der Behörde ist, den Sachverhalt abzuklären (Art. 11 Abs. 1 VRG). Dazu gehört auch die ("subjektive") Beweisführungslast, d.h. die Obliegenheit, den erforderlichen Beweis zu führen. Der Untersuchungsgrundsatz wird allerdings durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert (vgl. Art. 11 Abs. 2 VRG). Die Mitwirkungspflicht gilt naturgemäss gerade für solche Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne die Mitwirkung der Partei gar nicht oder nicht mit vernünftigen Aufwand erheben könnten (vgl. BGE 124 II 361 E.2b; Urteil des Bundesgerichts 2C\_165/2018 vom 19. September 2018 E.2.2.2). Dabei trifft die Behörde aber eine Aufklärungspflicht, d.h. sie muss die Verfahrensbeteiligten geeignet auf die zu beweisenden Tatsachen hinweisen. Hat die Behörde ihre Aufklärungspflicht erfüllt, darf sie im Gegenzug von den Parteien erwarten, dass diese ihren

- 18 - Mitwirkungspflichten nachkommen. Vor diesem Hintergrund erscheint es treuwidrig, wenn eine die eigene Mitwirkung unterlassende Partei in einem späteren Beschwerdeverfahren der Behörde vorwirft, sie habe den Sachverhalt unvollständig abgeklärt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.505/1999 vom 28. Februar 2002 E.4b und A-4263/2017 vom 27. August 2018 E.2.2.1 mit weiteren Hinweisen).

Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht ändern jedoch an der objektiven Beweislast nichts, wonach grundsätzlich diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit eines Sachumstands zu tragen hat, die daraus Vorteile ableitet (vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 8 ZGB auf öffentlich-rechtliche Verfahren BGE 140 I 285 E. 6.3.1; siehe auch MÖSCHING, a.a.O., Art. 2 ZWG Rz. 12-15). Allerdings kann die Behörde nicht gestützt auf die objektive Beweislastverteilung geringere Gewissenhaftigkeit bei der Abklärung von Tatsachen walten lassen, die sich zugunsten der Verfahrenspartei auswirken. Aus der objektiven Beweislastverteilung dürfen mithin nicht Mitwirkungspflichten ("subjektive Beweisführungspflichten") abgeleitet werden (vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 2C\_165/2018 vom 19. September 2018 E.2.2.2).

#### **E. 4.2**

Die Niederlassung des Beschwerdeführers 3 in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ ist in casu unbestritten. Einigkeit besteht auch dahingehend, dass er von 2002 bis 2022 an der G.\_\_\_\_\_ wohnhaft war. Es besteht die gesetzliche Vermutung, dass ein einmal begründeter Wohnsitz bestehen bleibt bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes (Art. 24 Abs. 1 ZGB). Fraglich ist, ob der Beschwerdeführer 3 per Januar 2023 an der F.\_\_\_\_\_ tatsächlich einen neuen Wohnsitz begründet hat, wobei hinsichtlich dieser Tatsache die Beschwerdegegnerin die "subjektive" Beweisführungslast trägt und die Beschwerdeführer die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen haben.

- 19 -

#### **E. 4.3**

In diesem Zusammenhang ist vorab zu erwähnen, dass die Beschwerdeführer nicht offen gewesen sind für entsprechende Abklärungen seitens der Beschwerdegegnerin. Als sich nämlich die Beschwerdegegnerin, namentlich die Baubehörde, vom Steueramt bestätigen liess, dass das Ehepaar B.A.\_\_\_\_\_ trotz der Ummeldung des Beschwerdeführers 3 die gemeinsame Besteuerung wünsche, haben die Beschwerdeführer daraufhin mit rechtlichen Schritten und indirekt auch mit Strafanzeigen wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses gedroht (vgl. Bf- act. 17). Die Beschwerdeführer verhalten sich demnach treuwidrig, wenn

sie sich gegen die von Amtes wegen getätigten Abklärungen wehren, resp. der Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang mit Drohungen begegnen, dann aber im Beschwerdeverfahren eine ungenügende Sachverhaltsabklärung geltend machen.

#### **E. 4.4**

Abgesehen davon ist die Beschwerdegegnerin in casu, wie nachfolgend aufgezeigt wird, ihrer "subjektiven" Beweisführungslast sehr wohl nachgekommen, sodass im Ergebnis auch keine Verletzung der Untersuchungsmaxime vorliegt.

##### **E. 4.4.1**

Die Beschwerdegegnerin wusste bereits aufgrund der Vorgeschichte (Beschwerdeverfahren R 23 8), dass in Bezug auf die Wohnung an der F.\_\_\_\_\_ potentiell eine rechtswidrige Nutzung vorliegen könnte. Als sie erfuhr, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 die fragliche Wohnung an den in der Gemeinde wohnhaften Beschwerdeführer 3 überlassen hatten, forderte sie, um der Sache nachzugehen und die Umstände genauer abzuklären, zunächst den entsprechenden Gebrauchsüberlassungsvertrag ein. Mit je einem Schreiben vom 25. Juli 2023 hat sie die Beschwerdeführer 1 und 2 sowie den Beschwerdeführer 3 sodann darauf aufmerksam gemacht, dass aus verschiedenen Gründen (Wohnsitz der Ehefrau an der G.\_\_\_\_\_, gemeinsame Besteuerung der Ehegatten B.A.\_\_\_\_\_, unentgeltliche Gebrauchsüberlassung trotz Höhe

- 20 - der Unterhaltskosten, usw.) weiterhin erhebliche Zweifel an der gesetzeskonformen Nutzung der Wohnung an der F.\_\_\_\_\_ bestehen würden und vermutet werde, dass mit der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung der Wohnung an den Beschwerdeführer 3 die Pflicht zur Erstwohnungsnutzung umgangen und die zur Diskussion stehende Wohnung nicht als Erstwohnung, sondern nach wie vor als Zweitwohnung genutzt werde. Mit diesen Hinweisen ist die Beschwerdegegnerin ihrer Aufklärungspflicht in Bezug auf die zu beweisenden Tatsachen nachgekommen. Gleichzeitig räumte die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführern die Möglichkeit ein, sich zu den genannten Vorwürfen zu äussern, was als klare Aufforderung zur Mitwirkung zu verstehen ist, zumal die Beschwerdegegnerin auch den Erlass einer Verfügung bzw. die Einleitung weiterer Schritte im Sinne von Ziff. 2 der Verfügung vom 13. Dezember 2022 (Ersatzvornahme und Strafe i.S.v. Art. 94 und Art. 95 des Raumplanungsgesetzes für den Kanton Graubünden [KRG; BR 801.100]) in Aussicht stellte (vgl. Bf-act. 15 und 16).

##### **E. 4.4.2**

Hinsichtlich der geltenden Mitwirkungspflicht gilt es noch zu präzisieren, dass es im vorliegenden Fall darum geht, die Stärke der Beziehung zur jeweiligen Wohnung bzw. den Lebensmittelpunkt des Beschwerdeführers 3 zu ermitteln, wobei die Absicht des dauernden Verbleibens, als sogenannte innere Tatsache, einer direkten Beweisführung nicht zugänglich ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_226/2021 vom 9. Januar 2023 E.2.2.1). Obschon die innere Absicht des dauernden Verbleibens rechtsprechungsgemäss nur soweit massgebend ist, wie sie nach aussen erkennbar geworden ist, handelt es sich dennoch um einen Umstand, den die betroffene Partei besser kennt und die Behörde (anders als in Fällen, wo sie bspw. im eigenen Archiv noch irgendwelche Urkunden finden könnte [vgl. Urteil des Bundesgerichts

- 21 - 1C\_22/2019, 1C\_476/2019 vom 6. April 2020 E.6.2.2]) nicht bzw. nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann. Dies gilt vorliegend umso mehr, zumal sich beide

Wohnungen in derselben Gemeinde befinden und die Abgrenzung des Lebensmittelpunktes damit umso schwieriger ist. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin im Schreiben vom 25. Juli 2023 ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen ist, darf in casu eine erhöhte Mitwirkungspflicht erwartet werden.

#### **E. 4.4.3**

Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer 3 den an die F.\_\_\_\_\_ verschickten (eingeschriebenen) Brief vom 25. Juli 2023 nicht abgeholt hat, durfte die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Untersuchungsmaxime als weiteres relevantes Indiz werten (vgl. dazu ausführlich E.5.6 nachstehend).

#### **E. 4.4.4**

Die Beschwerdegegnerin ist im Übrigen seit dem Versand der Schreiben vom 25. Juli 2023 nicht untätig geblieben, sondern hat die Gemeindepolizei beauftragt, der Wohnung an der F.\_\_\_\_\_ einen Kontrollbesuch abzustatten. Die Polizeikontrolle ist in dieser Konstellation ein geeignetes Beweismittel, zumal diese unangekündigt und somit überraschend erfolgt. Dieses Überraschungsmoment ist bei der ersten Polizeikontrolle am grössten. Danach sind die Betroffenen vorgewarnt und können ihr Verhalten, wenn nötig, entsprechend anpassen, sodass zusätzliche Polizeikontrollen nicht zwingend neue oder bessere Erkenntnisse bringen. Der Beweiswert dieser (wenn auch einmaligen) Polizeikontrolle ist im Ergebnis also als hoch zu werten. Im Übrigen kann der Auffassung der Beschwerdegegnerin gefolgt werden, wonach es von vornherein nicht verhältnismässig und für die Beschwerdegegnerin auch nicht zumutbar wäre, täglich zu protokollieren, in welcher Wohnung und wann genau der Beschwerdeführer 3 ein und aus geht. Tatsächlich würde eine solche Vorgehensweise praktisch einer Observation gleichkommen,

- 22 - was einen schweren Eingriff in das grundrechtlich geschützte Privatleben des Beschwerdeführers 3 darstellen würde. Hierfür gibt es aber (ausserhalb des Sozialversicherungsrechts [Art. 43a ATSG] bzw. ausserhalb von Strafverfahren [Art. 282 STPO]) keine gesetzliche Grundlage, womit der Eingriff unrechtmässig wäre.

#### **E. 4.4.5**

Soweit die Beschwerdeführer bemängeln, dass die Beschwerdegegnerin die Strom- und Wasserrechnungen damals nicht einverlangt habe, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass es ihnen freigestanden hätte, im Rahmen ihrer Mitwirkung, diese Rechnungen von sich aus einzureichen, statt diese erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren einzubringen. Des Weiteren sieht Art. 11 Abs. 3 VRG vor, dass die Behörde die notwendigen Beweise erhebt, wobei sie an Begehren zur Ermittlung des Sachverhalts nicht gebunden ist. Daraus ergibt sich, dass die zuständige Behörde selber darüber entscheidet, welche Beweise sie für notwendig hält. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn sich die Beschwerdegegnerin im Hinblick auf den zu klärenden Sachverhalt für die Erhebung anderer tauglicher Beweise als die Edition der Strom- und Wasserrechnungen entschieden hat.

#### **E. 4.4.6**

Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände (vgl. zur Würdigung der erhobenen bzw. eingereichten Beweise E.5 nachstehend), ist das streitberufene Gericht der Auffassung, dass die Beschwerdegegnerin die rechtsrelevanten Tatsachen hinreichend abgeklärt hat und dabei – unabhängig von der erhöhten Mitwirkungspflicht der Parteien – die erforderliche Gewissenhaftigkeit walten lassen. Die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime

erweist sich somit als unbegründet.

## **E. 5**

Zu prüfen bleibt damit, ob die Beschwerdegegnerin – unter Berücksichtigung aller rechtsrelevanten Sachumstände – zu Recht zum Schluss gekommen ist, dass der Beschwerdeführer 3 an der F. \_\_\_\_\_

- 23 - keinen neuen (tatsächlichen) Wohnsitz begründet hat und somit die behauptete Gebrauchsüberlassung dieser Wohnung an den Beschwerdeführer 3 nicht als Erstwohnungsnutzung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 und 3 ZWG anerkannt werden kann.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, dass der Beschwerdeführer 3 die Voraussetzungen der Erstwohnungspflicht erfüllt und dass die Erstwohnnutzung durch den Gebrauchsüberlassungsvertrag sowie durch die Wasser- und Stromrechnungen nachgewiesen sei. Zudem habe sich der Beschwerdeführer 3 per 1. Januar 2023 bei der Gemeinde umgemeldet, was seitens der Gemeinde akzeptiert worden sei. Die einmalige Polizeikontrolle sei völlig unzureichend und könne nichts beweisen.

### **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass der Beschwerdeführer 3 den eingeschriebenen Brief nicht abgeholt habe, was dafür spreche, dass er sich nicht dauernd, im Sinne einer Erstwohnungsnutzung, in der Wohnung an der F. \_\_\_\_\_ aufhalte, dass die Strom- und Wasserrechnungen nicht beweiskräftig seien, zumal diese dank moderner Technik ("smarte Systeme") einfach manipuliert werden können und dass die Ummeldung alleine noch kein Beweis für den tatsächlichen Wohnsitz begründe. Vielmehr obliege es der Baubehörde zu überprüfen, ob der vorgenommene Registereintrag auch mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimme, insbesondere, ob tatsächlich eine Erstwohnnutzung im Sinne des ZWG gegeben oder ob diese nur vorgeschoben sei.

### **E. 5.3**

Hält sich eine Person, wie vorliegend, abwechselnd an zwei Orten auf, so ist für die Ermittlung des Wohnsitzes ausschlaggebend, zu welchem Ort die stärkere Beziehung besteht. In der Literatur wird diesbezüglich auf die Praxis zum steuerrechtlichen Wohnsitz verwiesen (vgl. MÖSCHING, a.a.O.,

- 24 - Art. 2 Rz. 13 mit Verweis auf BGE 125 I 54). Ausgangspunkt für die Bestimmung des (steuerrechtlichen) Wohnsitzes ist demnach der gewöhnliche Aufenthaltsort der betroffenen Person. Die persönlichen, familiären, beruflichen und gesellschaftlichen Interessen einer Person können sie aber so eng mit einem anderen Ort verbinden, dass dieser als Lebensmittelpunkt erscheint, obschon die betroffene Person dort weniger Zeit verbringt. Relevant sind in diesem Zusammenhang etwa der gewöhnliche Aufenthaltsort der Familienmitglieder (Ehegatten, Kinder, Eltern und Geschwister), die ausserfamiliären sozialen Beziehungen (z.B. Teilnahme am Vereinsleben), die berufliche Stellung des Steuerpflichtigen und die Wohnverhältnisse an den verschiedenen Orten. Keine entscheidende Bedeutung kommt hingegen dem polizeilichen Domizil zu; das Hinterlegen der Schriften und das Ausüben der politischen Rechte bilden – zusammen mit dem übrigen Verhalten der betreffenden Person – blosse Indizien für den Wohnsitz. Die verschiedenen Kriterien sind in Abhängigkeit der persönlichen Situation der betroffenen Person (z.B. Alter) zu gewichten und im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung gegeneinander

abzuwägen. Für die Gewichtung der einzelnen Kriterien im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung gelten grundsätzlich folgende Regeln: Verheiratete Steuerpflichtige, Steuerpflichtige in eingetragener Partnerschaft sowie Personen in eheähnlichen Konkubinaten haben ihren Wohnsitz grundsätzlich am Ort der gemeinsamen Familienwohnung (Familienort). Selbst wenn solche Personen unter der Woche an einem anderen Ort einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen, werden die durch persönliche und familiäre Bande begründeten Beziehungen in der Regel für stärker erachtet als jene zum Arbeitsort, solange sie täglich (Pendler) oder an den Wochenenden und an freien Tagen (Wochenaufenthalter) regelmässig zu ihrer Familie zurückkehren (BGE 132 I 29 E.4.2, 125 I 54 E.2b/aa; Urteil des Bundesgerichts 2C\_994/2019 vom 8. Juni 2020 E.6.2; vgl. zum Ganzen

- 25 - Urteil des Bundesgerichts 2C\_398/2021 vom 23. Dezember 2021 E.3.2.2 f. und E.3.3 ff.).

#### **E. 5.4**

In prozessualer Hinsicht kann auf die vorstehende Erwägung 4.2 verwiesen werden, wonach die gesetzliche Vermutung besteht, dass ein einmal begründeter Wohnsitz bestehen bleibt bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes (Art. 24 Abs. 1 ZGB). 5.5.1. Vorliegend bestätigte der Beschwerdeführer 3, weder faktisch noch rechtlich von seiner Ehefrau getrennt zu sein. Die Ehefrau wohnt aber in der Wohnung an der G.\_\_\_\_\_, was in Anwendung der oben zitierten Regeln grundsätzlich für den Wohnsitz in der ehelichen Wohnung spricht. Der Arbeitsort des Beschwerdeführers 3 befindet sich in C.\_\_\_\_\_, womit sich aus diesem Kriterium kein Hinweis für den Wohnsitz in der einen oder anderen Wohnung ziehen lässt. Hinsichtlich der Wohnverhältnisse ist festzuhalten, dass die Wohnung an der F.\_\_\_\_\_ (zumindest gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beschwerdegegnerin) entsprechend den Bedürfnissen der Beschwerdeführer 1 und 2 eingerichtet ist. Der Beschwerdeführer 3 benutzt zwar das Dampfbad sowie den Hometrainer und schläft offenbar zeitweise auch dort. Diese Tatsachen vermögen aber keine stärkere Beziehung als diejenige zur Ehefrau und damit zur Wohnung an der G.\_\_\_\_\_ zu begründen. 5.5.2. Sodann ist der Umstand, dass anlässlich der Polizeikontrolle vom 11. August 2023 der Beschwerdeführer 1 die Tür an der F.\_\_\_\_\_ geöffnet hat, ein eindeutiger Hinweis, dass diese Wohnung nicht gesetzeskonform genutzt wird. Der vom Beschwerdeführer 1 vorgebrachte Vorwand, dass er lediglich zu Besuch hier sei, ist nicht glaubhaft und muss daher als reine Schutzbehauptung gewertet werden. Selbst die Tatsache, dass diese Kontrolle um 16.00 Uhr und damit während der Arbeitszeit des Beschwerdeführers 3 durchgeführt wurde, ist dem Beweiswert der

- 26 - Polizeikontrolle nicht abträglich. Wenn niemand die Tür geöffnet hätte, hätte dies unter Verweis auf die Arbeitszeit des Beschwerdeführers 3 tatsächlich eine überzeugende Begründung sein können. So aber liegt der Schluss nahe, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 die Wohnung weiterhin selber als ihre Ferienwohnung und damit unrechtmässig als Zweitwohnung nutzen. 5.5.3. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer 3 den an die F.\_\_\_\_\_ adressierten, eingeschriebenen Brief nicht abgeholt hat, ist zwar isoliert betrachtet nicht ausreichend, um die fehlende Erstwohnungsnutzung nachzuweisen. Im Lichte der übrigen Beweislage bestätigt dieser Umstand jedoch den Gesamteindruck, wonach sich der Lebensmittelpunkt des Beschwerdeführers 3 nicht in der Wohnung an der F.\_\_\_\_\_, sondern vielmehr in der ehelichen Wohnung an der G.\_\_\_\_\_ befindet. 5.5.4. Schliesslich ist der Beschwerdegegnerin auch dahingehend beizupflichten, dass es schon etwas seltsam

anmutet, wenn die Beschwerdeführer zunächst geltend machen, dass es nicht realistisch sei, die Wohnung kostendeckend zu vermieten und die dauernde Erhaltung der Baute ihrer Ansicht nach angeblich nicht anders als durch die Nutzung als Zweitwohnung sichergestellt werden könne, sich dann aber dafür entscheiden diese unentgeltlich dem Beschwerdeführer 3 zur Verfügung zu stellen. Gerade in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_, wo die Leerwohnungsziffer 0.39 % beträgt (vgl. die Erhebung des Bundesamts für Statistik, abrufbar unter: [https://www.I.\\_\\_\\_\\_\\_](https://www.I._____)) und demzufolge gerichtsnotorisch eine Wohnungsnot herrscht (vgl. hierzu auch den Bericht in der NZZ vom

## **E. 5.6**

Zu den von den Beschwerdeführern vorgebrachten Gegenargumenten ist Folgendes festzuhalten:

### **E. 5.6.1**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer, prüft das Einwohneramt bei einer Ummeldung nicht, ob mit der Adressänderung innerhalb einer Gemeinde eine Erstwohnungspflicht umgangen werden könnte, sondern meldet die entsprechende Adressänderung der Baubehörde (siehe zur Meldepflicht Art. 16 ZWG). Ziel dieser Meldungen ist, dass eine Kontrolle über die rechtmässige Nutzung der Wohnungen gemacht werden kann (vgl. Vollzugshilfe zum ZWG, herausgegeben vom Departement für Volkswirtschaft und Soziales Graubünden, Version 2 vom März 2019, S. 44). Es obliegt also der Baubehörde zu überprüfen, ob der vorgenommene Registereintrag auch mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt, insbesondere, ob tatsächlich eine Erstwohnnutzung im Sinne des ZWG gegeben oder ob sie nur vorgeschoben ist, was die Baubehörde in casu ja auch gemacht hat. Aus der Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer 3 an die Adresse "F.\_\_\_\_\_" umgemeldet und die Gemeinde, namentlich das Einwohneramt, diese Ummeldung akzeptiert hat, können die Beschwerdeführer also nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das polizeiliche Domizil (gemäss Einwohnerregister) stellt rechtsprechungsgemäss ohnehin nur ein Indiz dar.

### **E. 5.6.2**

Die Covid-Erkrankung des Beschwerdeführers 3 ist vorliegend unbestritten. Das Vorliegen dieser Erkrankung ist jedoch kein Beweis für die tatsächliche Erstwohnungsnutzung seitens des Beschwerdeführers 3. Aus den Austrittsberichten sowie aus den Fotos der Beatmungsmaschine

- 28 - können die Beschwerdeführer also auch nichts für sich ableiten, zumal diese Fotos allein – nach den zuvor gemachten Ausführungen – weder die tatsächliche Anwesenheit noch den Lebensmittelpunkt des Beschwerdeführers 3 in der fraglichen Wohnung zu belegen vermögen.

### **E. 5.6.3**

Soweit die Beschwerdeführer sodann unter Verweis auf die erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren eingereichten Strom- und Wasserrechnungen vorbringen, dass sich ein solcher Anstieg des Verbrauchs nicht mit einer leicht erhöhten Zweitwohnungsnutzung erklären lasse und diese daher geeignet seien, die Erstwohnnutzung durch den Beschwerdeführer 3 zu belegen, kann ihnen ebenfalls nicht gefolgt werden. Grundsätzlich ist den Beschwerdeführern zuzustimmen, dass Strom- und Wasserrechnungen durchaus Rückschlüsse auf die Nutzung einer Wohnung zulassen. Dass diese Daten aufgrund

moderner Technik ("smarte Systeme") relativ einfach manipuliert werden können, genügt nicht, um deren Beweistauglichkeit von vornherein in Frage zu stellen. Die eingereichten Rechnungen sind also nachfolgend näher zu prüfen. Die behauptete Erhöhung des Wasserverbrauchs von über 30 %, die auf den ersten Blick erstaunen mag, ist dahingehend zu relativieren, als es sich um eine Erhöhung von lediglich 14 m<sup>3</sup> handelt (nämlich von 46 m<sup>3</sup> für den Zeitraum vom 1. Oktober 2021 bis zum 30. September 2022 auf 60 m<sup>3</sup> für den Zeitraum vom 1. Oktober 2022 bis zum 30. September 2023 [Bf- act. 12 und 13]). In der Schweiz liegt der mittlere jährliche Wasserverbrauch pro Person bei 58 m<sup>3</sup> und der maximale bei 88 m<sup>3</sup> (vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/raum-umwelt/umweltindikatoren/alle-indikatoren/nutzung-natuerliche-ressourcen/trinkwasserverbrauch.assetdetail.30645386.html>). Der totale jährliche Wasserverbrauch beträgt in casu 60 m<sup>3</sup> und bewegt sich somit

- 29 - im unteren Rahmen. Angesichts der Nutzungsmöglichkeiten (Dampfbad) und dem Umstand, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 die Wohnung zugegebenermassen auch noch selber benutzen, müsste der Wasserverbrauch indes nach Auffassung des Gerichts deutlich höher ausfallen. Dies gilt selbst dann, wenn man berücksichtigt, dass die Wohnnutzung durch den Beschwerdeführer 3 erst ab Januar 2023 und damit erst 3 Monate nach Beginn der Bemessungsperiode begonnen hat. Der durchschnittliche jährliche Stromverbrauch für einen 1- Personenhaushalt in einer MFH-Wohnung beträgt 1'731.5 kWh (vgl. Stromverbrauch eines typischen Haushalts, Faktenblatt, August 2021, herausgegeben vom Bundesamt für Energie, Tabelle 1, abrufbar unter: [https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/publikationen.exturl.html/aHR0cHM6Ly9wdWJkYi5iZmUuYWVWYWRtaW4uY2gvZGUVvc3VjaGU=.html?keywords=&q=Stromverbrauch&from=&t o=&nr=](https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/publikationen.exturl.html/aHR0cHM6Ly9wdWJkYi5iZmUuYWVWYWRtaW4uY2gvZGUVvc3VjaGU=.html?keywords=&q=Stromverbrauch&from=&t o=&nr=))). In casu betrug der Stromverbrauch im Jahr 2022, d.h. ohne Erstwohnnutzung, insgesamt 1'746 kWh, während für das Jahr 2023 (mit behaupteter Erstwohnnutzung, wobei die Beschwerdeführer die Wohnung weiterhin auch selber nutzten) ein Stromverbrauch von total 2'953 kWh resultierte (Bf-act. 10, 11, 19 und 20). Der ausgewiesene Stromverbrauch könnte zwar ein Indiz für eine Erstwohnnutzung sein. Allerdings wird dieses Indiz bereits durch den (vergleichsweise tief ausfallenden) Wasserverbrauch wieder relativiert. Abgesehen davon vermag der erhöhte Stromverbrauch nicht den tatsächlichen Aufenthalt des Beschwerdeführers 3 in der fraglichen Wohnung nachzuweisen. Die ausgewiesene Erhöhung könnte auch auf eine erhöhte Nutzung durch die Beschwerdeführer 1 und 2 oder andere Benutzer zurückzuführen sein. In der Gesamtbetrachtung bzw. angesichts der übrigen Beweislage, die klar gegen eine Erstwohnnutzung der Wohnung an der F.\_\_\_\_\_ durch den Beschwerdeführer 3 spricht, vermögen die Beschwerdeführer aus den

- 30 - eingereichten Strom- und Wasserrechnungen somit nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

#### **E. 5.6.4**

Schliesslich ist auch der Vorwurf, wonach dieses Verfahren konkret dazu führe, dass der Beschwerdeführer 3 aus seinem Zuhause hinausgeworfen würde, nicht zu hören. Vorliegend kann nämlich davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer 3 nicht zwingend auf eine Wohnung ausserhalb der ehelichen Wohnung an der G.\_\_\_\_\_ angewiesen ist. Denn selbst wenn er und seine Ehefrau in getrennten Schlafzimmern schlafen möchten, so wäre in der ehelichen 4-Zimmerwohnung sicher genug Platz vorhanden, um in einem anderen Zimmer noch ein Bett einzurichten. Der

Beschwerdeführer 3 wird also dadurch, dass er die Wohnung an der F.\_\_\_\_\_ zukünftig nicht mehr nutzen darf, weder aus seinem Zuhause hinausgeworfen noch sonst in eine missliche Lage versetzt.

### **E. 5.7**

Auf die obigen Ausführungen bezugnehmend ist somit festzuhalten, dass angesichts der aktenkundigen Tatsachen, dass der Beschwerdeführer 3 nach wie vor in einer ungetrennten Ehe lebt, seine Ehefrau weiterhin in der ehelichen Wohnung an der G.\_\_\_\_\_ wohnt, die Wohnung an der F.\_\_\_\_\_ nach den Bedürfnissen der Beschwerdeführer 1 und 2 eingerichtet ist und der Beschwerdeführer 3 sie lediglich in dem Ausmass nutzt, als er gelegentlich das Dampfbad oder den Hometrainer benutzt und zeitweise dort übernachtet, jedoch soweit ersichtlich keinerlei persönliche Effekte in dieser Wohnung aufbewahrt, sein Lebensmittelpunkt in der ehelichen Wohnung an der G.\_\_\_\_\_ zu verorten ist. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer 3 an der F.\_\_\_\_\_ keinen neuen (tatsächlichen) Wohnsitz begründet hat, bestätigt also letztendlich die gesetzliche Vermutung, wonach der im Jahr 2002 begründete Wohnsitz in der ehelichen Wohnung an der G.\_\_\_\_\_ noch weiterbesteht. Daraus folgt, dass die hier in Frage stehende Gebrauchsüberlassung der Wohnung an - 31 - der F.\_\_\_\_\_ an den Beschwerdeführer 3 nicht als Erstwohnnutzung im Sinne der Zweitwohnungsgesetzgebung anerkannt werden kann.

### **E. 5.8**

Abschliessend sei noch auf Folgendes hingewiesen:

#### **E. 5.8.1**

Die Konstellation, wonach sich entweder der Ehegatte oder die Ehegattin in der Wohnung mit Erstwohnungspflicht (die tatsächlich jedoch als Zweitwohnung genutzt wird) anmeldet, wurde in der Praxis bereits als Problem identifiziert (vgl. Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Evaluation des Vollzugs, herausgegeben vom Bundesamt für Raumentwicklung [ARE], September 2020, S. 24, 31, 39). Solche "Scheinanmeldungen" stellen eine Umgehung des ZWG dar, zumal der "scheinbar" angemeldete Ehegatte am gemeldeten Ort resp. an der gemeldeten Wohnadresse in Wahrheit gar keinen Lebensmittelpunkt und damit auch keinen (tatsächlichen) Wohnsitz hat. Eine solche "Scheinanmeldung" liegt auch im vorliegenden Fall vor. Jedoch mit dem Unterschied, dass sich in casu nicht einer der Zweitwohnungseigentümer selbst (Beschwerdeführer 1 oder 2) in der Wohnung mit Erstwohnungspflicht angemeldet hat, sondern hierfür ein Dritter (nämlich der Beschwerdeführer 3, der aber seinerseits in einer ungetrennten Ehe lebt) herbeigezogen wurde. Dieses "Konstrukt" ändert nichts an der Tatsache, dass es sich dabei um eine unzulässige Umgehung des ZWG handelt.

#### **E. 5.8.2**

Diese Schlussfolgerung drängt sich umso mehr auf, wenn man das vorliegende "Konstrukt" in einem grösseren Kontext betrachtet: Wenn sich nämlich von jedem ortsansässigen Erstwohnungshaushalt, in welchem mindestens zwei erwachsene Personen leben, eine von ihnen (formell) an die Adresse einer Erstwohnung von auswertigen Eigentümern ummelden könnte, ohne diese tatsächlich als solche zu nutzen, so stünde diese

- 32 - Wohnung den auswertigen Eigentümern faktisch weiterhin als Zweitwohnung zur Verfügung. Dies wiederum läuft dem Ziel der Zweitwohnungsgesetzgebung, das grundsätzlich darin besteht "kalte Betten" zu verhindern, zuwider und vereitelt zudem auch

die kommunale Erstwohnungsverpflichtung, deren Zweck es ist, die betroffenen Wohnungen für die Mindestdauer von 20 Jahren für Einheimische zur Verfügung zu halten (vgl. hierzu auch die Ausführungen in VGU R 23 8 E.3.3.3). Vor diesem Hintergrund überzeugt daher auch die Argumentation der Beschwerdegegnerin, wonach durch die generelle Anerkennung eines solchen Konstrukts, der Umgehung des ZWG Tür und Tor geöffnet würde. 6. Nach dem Gesagten sind von den beantragten Zeugeneinvernahmen keine weiteren entscheiderelevanten Erkenntnisse mehr zu erwarten, weshalb in antizipierter Beweiswürdigung darauf verzichtet wird. Sodann ist nicht ersichtlich, was die Beschwerdeführer mit einem (vorgängig angekündigten) Augenschein beweisen wollen. Aufgrund des Gesagten kann, in antizipierter Beweiswürdigung, auch auf den Augenschein verzichtet werden (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung BGE 131 I 153 E.3). 7. Zusammenfassend ist die Beschwerdegegnerin aufgrund der Gesamtumstände zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Gebrauchsüberlassung der Wohnung an den Beschwerdeführer 3 nicht als Erstwohnungsnutzung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 ZWG anerkannt werden kann. Ziff. 1 der Verfügung vom 21. November 2023 ist daher rechtens und wird hiermit bestätigt. In Bezug auf Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass die darin aufgeführte Frist bis zum Vorliegen dieses Entscheids ausgesetzt wurde, ansonsten aber nicht zu beanstanden ist.

- 33 - Die in Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung angedrohte Versiegelung ist angesichts der Tatsache, dass in casu in Bezug auf die fragliche Wohnung keine (anererkennungsfähige) Erstwohnnutzung vorliegt, eine zulässige Massnahme nach Art. 17 ZWG und damit auch ein zulässiger Verfügungsinhalt. Die von der Gemeinde in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme in Bezug auf diese Massnahme ist nicht nur zulässig, sondern zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) zwingend nötig. Die Dispositivziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung sind somit rechtens und werden hiermit ebenfalls bestätigt. Gemäss Art. 96 Abs. 1 KRG erheben die Gemeinden für ihren Aufwand in baupolizeilichen Verfahren Gebühren (Satz 1). Auslagen für Leistungen Dritter wie Fachgutachten, Beratungen sowie Grundbuchkosten sind der Gemeinde zusätzlich zu vergüten (Satz 2). Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung, wonach den Beschwerdeführern 1 und 2 gestützt auf die erwähnte Bestimmung sowie der kommunalen Gebührenordnung zum Baugesetz eine Behandlungsgebühr von CHF 500.00 und die Kosten für die externe Rechtsberatung von CHF 2'092.25 als Verfahrenskosten auferlegt werden, ist somit ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist daher vollumfänglich abzuweisen. 8.1. Die Verfahrenskosten, bestehend aus den Kanzleiauslagen und einer Staatsgebühr, welche vorliegend – unter Mitberücksichtigung des Aufwands für die vorsorgliche Verfügung vom 19. Februar 2024 – auf CHF 4'000.00 festgelegt wird, werden den unterliegenden Beschwerdeführern in solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 73 Abs. 1 sowie Art. 72 Abs. 2 VRG).

- 34 - 8.2. Eine aussergerichtliche Entschädigung steht der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin nicht zu, da sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt (Art. 78 Abs. 2 VRG).

- 35 - III. Demnach erkennt das Gericht:

**E. 10**

Februar 2024, wonach die Leerwohnungsziffer zurzeit weniger als 0.5 % beträgt; abrufbar unter: [https://J.\\_\\_\\_\\_\\_](https://J._____)), müsste es möglich sein, die Wohnung an Ortsansässige zu vermieten, womit auch entsprechend Einnahmen generiert werden könnten. Dass sich die Beschwerdeführer 1 und 2 mit der Gebrauchsüberlassung zudem dem mietrechtlichen

- 27 - Kündigungsschutz entziehen wollen, spricht im Hinblick auf die Begründung einer (lebensmittelpunktbegründenden) Erstwohnnutzung nicht für eine solide Basis und stellt damit auch die Ernsthaftigkeit dieser Absicht in Frage.

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