Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

1C 584/2012

Urteil vom 4. Juli 2013

I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Fonjallaz, Präsident,
Bundesrichter Aemisegger, Merkli, Karlen, Eusebio,
Gerichtsschreiberin Gerber.

Verfahrensbeteiligte
1. A._____ AG,
2. B._____,
3. C._____,
4. D._____,
5. E._____,
Beschwerdeführer, alle vertreten durch Ilario Bondolfi und Claudio Allenspach, Rechtsanwälte,

gegen

Gemeinde Silvaplana, 7513 Silvaplana, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Otmar Bänziger,

Johann Martin Schmid, a.Verwaltungsgerichtspräsident.

Gegenstand
Gesamtüberbauung Prasüras / Ausnahmebewilligung für definitive Kontingentszuweisung bzw. Baufreigabe,

Beschwerde gegen das Urteil vom 16. Oktober 2012 des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 5. Kammer.

Sachverhalt:

A.
Am 27. Dezember 2010 erteilte der Gemeindevorstand Silvaplana der A._____ AG sowie B._____, C._____, D._____ und E._____ die Baubewilligung für die Gesamtüberbauung Prasüras mit Abbruch von Chesa Retel und Chesa Casanova sowie dem Neubau der Häuser 1 und 2 auf Parzelle 1934, Haus 3 auf Parzelle 2033 (vorgesehene neue Nr. 2141), Haus 4 auf Parzelle 2033 und Haus 5 auf Parzelle 61.

Die Baufreigabe per 2013 wurde nur für die Häuser 3 und 4 (mit Erstwohnungspflicht) und die unterirdische Einstellhalle (erste Etappe) erteilt. Für die Häuser 1, 2 und 5 (zweite Etappe) wurde unter "besondere Auflagen und Bedingungen" (Ziff. 2d) festgehalten, dass über die definitiven Kontingentszuweisungen und die Baufreigaben der zweiten Etappe entschieden werde, sobald die Kontingente für die folgenden Perioden gemäss Regionalem Richtplan Zweitwohnungsbau bestimmt seien.

Diese Bewilligung erwuchs in Rechtskraft. Die Baufreigabe für die erste Etappe (Häuser 3 und 4 sowie Autoeinstellhalle) wurde auf 2011 vorgezogen, weil zwischenzeitlich Kontingente frei geworden waren. Mit der Realisierung dieser Etappe wurde bereits begonnen.

B.
Am 11. März 2012 nahm das Schweizer Stimmvolk die Volksinitiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen" an.

Die Bauherrschaft trat am 22. Mai 2012 an die Baubehörde mit den Begehren heran, die Zweitwohnungen des Bauprojekts zweite Etappe von der Kontingentierungspflicht zu dispensieren und die sofortige Baufreigabe im Rahmen einer Ausnahmebewilligung gemäss Art. 82 des kantonalen Raumplanungsgesetzes vom 6. Dezember 2004 (KRG) zu erteilen. Eventuell sei die Baufreigabe ausgehend von einer neuen Kontingentszuweisung nach Art. 6 des Regionalen Richtplans Zweitwohnungsbau vom 26. Juni 2008 zu verfügen.
Mit Entscheid vom 18. Juni 2012 wies der Gemeindevorstand Silvaplana das Gesuch ab, weil keine ausserordentlichen Verhältnisse nach Art. 82 KRG vorlägen.

C.
Dagegen erhoben die A._____ AG und Mitbeteiligte am 13. Juli 2012 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde am 16. Oktober 2012 ab.

D.
Gegen diesen Entscheid gelangten die A._____ AG und Mitbeteiligte am 15. November 2012 mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht. Sie beantragen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei die Gemeinde Silvaplana anzuweisen, die Baufreigabe für das Grossbauprojekt Häuser 1, 2 und 5 (Parzellen Nrn. 1934 und 61) mit sofortiger Wirkung zu erteilen. Eventualiter sei die Baufreigabe auf den Zeitpunkt zu erteilen, in welchem nach bisherigem Recht mit derselben gerechnet werden durfte. Subeventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Gemeinde Silvaplana zurückzuweisen.

E.
Das Verwaltungsgericht beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werde. Die Gemeinde Silvaplana schliesst auf Abweisung der Beschwerde. In ihrer Replik halten die Beschwerdeführer an ihren Anträgen fest.

F.
Mit Schreiben vom 29. April 2013 teilten die Beschwerdeführer mit, der frühere Präsident des Verwaltungsgerichts, Johann Martin Schmid, sei Ende 2012 aus seinem Amt ausgeschieden und sei zwischenzeitlich der Praxisgemeinschaft Bänziger, Toller und Partner, Rechtsanwälte beigetreten. Er habe im Verfahren R 12 69 als vorsitzender Richter geamtet und habe auch die Referentenaudienz von 26. Juli 2012 durchgeführt. Da die Gemeinde Silvaplana durch Otmar Bänziger vertreten sei, stelle sich die Frage nach der richterlichen Unabhängigkeit von Johann Martin Schmid, zumal dieser offensichtlich schon vor seiner Tätigkeit am Verwaltungsgericht mit Rechtsanwalt Bänziger in einer Bürogemeinschaft zusammengearbeitet habe. Hinzu komme, dass im Rahmen der Referentenaudienz vom Vorsitzenden deutliche Signale ausgesendet worden seien, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts zugunsten der Beschwerdeführer ausfallen werde; vor dem Hintergrund der jetzigen Zusammenarbeit des früheren Präsidenten des Verwaltungsgerichts und des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin komme dem Umstand, dass der Entscheid konträr ausgefallen sei, nun eine gewichtigere Bedeutung zu. Es bestünden somit berechtigte Zweifel an der richterlichen Unabhängigkeit des
vorsitzenden Richters; auch aus diesem Grund sei der angefochtene Entscheid aufzuheben.

Mit Stellungnahme vom 6. Mai 2013 teilte Otmar Bänziger mit, dass Johann Martin Schmid erst per 1. März 2013 seiner Praxis beigetreten sei; die ersten Kontakte hätten im Dezember 2012 stattgefunden und die Beitrittsgespräche am 22. Januar 2013, mithin Monate nach dem angefochtenen Urteil vom 16. Oktober 2012. Aus dieser Sicht erscheine eine Befangenheit als völlig ausgeschlossen. Daran ändere auch die Tatsache nichts,

dass bis zum Jahr 1991 eine Praxisgemeinschaft mit Johann Martin Schmid bestanden habe. Diese sei mit der Übernahme des Amts als Verwaltungsgerichtspräsident aufgelöst worden. In den letzten Jahren habe auch keine eigentliche freundschaftliche oder andere enge Beziehung bestanden. Es sei zudem immer wieder vorgekommen, dass das Verwaltungsgericht unter dem Präsidium von Johann Martin Schmid gegen die vom Büro Bänziger betreuten Gemeinden entschieden habe.

Johann Martin Schmid macht geltend, er habe im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids vom 16. Oktober 2012 noch keinerlei berufliche Vorkehren getroffen, da er das 64. Lebensjahr erst Ende 2012 vollendet habe und sich für die Zeit nach dem Rücktritt alle Optionen offen halten wollte. Er bestätigt, dass erste Gespräche über den Eintritt in die Kanzleigemeinschaft Bänziger, Toller und Partner Mitte Dezember 2012 stattgefunden hätten. Die Behauptung, er habe bei der Referentenaudienz vom 27. Juli 2012 Signale in Richtung Gutheissung der Beschwerde gegeben, entbehre jeglicher Grundlage. Richtig sei nur, dass er die Parteien ermuntert habe, auf Gemeindeebene eine Lösung zu suchen.

Das Verwaltungsgericht verzichtete auf eine Stellungnahme.

Die Beschwerdeführer halten mit Eingabe vom 10. Juni 2013 an ihrem Standpunkt fest.

Erwägungen:

1.
Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid des Verwaltungsgerichts, der die Abweisung eines Gesuchs um Baufreigabe bestätigt. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen (Art. 82 ff. BGG). Die Beschwerdeführer sind als Gesuchsteller zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die rechtzeitig erhobene Beschwerde ist daher einzutreten.

2.
Die Verfahrensgarantie gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK wird verletzt, soweit bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit eines Gerichtsmitglieds begründen. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Gerichtsmitglieds oder gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Nicht entscheidend ist das subjektive Empfinden einer Partei; ihr Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss in objektiver Weise begründet sein. Dabei reicht es praxisgemäss aus, dass Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den blossen Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Nicht verlangt wird, dass das Gerichtsmitglied tatsächlich befangen ist (BGE 138 I 1 E. 2.2 S. 3 f., 137 I 227 E. 2.1 S. 229, je mit Hinweisen). Mit andern Worten muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Betroffenen als offen erscheint.

2.1. Der objektive Anschein der Befangenheit eines Richters kann sich auf ein besonders freundschaftliches oder ein besonders feindschaftliches Verhältnis zwischen ihm und einem Parteivertreter beziehen. In solchen Situationen kann die Voreingenommenheit des Richters indessen nur bei Vorliegen spezieller Umstände und mit Zurückhaltung angenommen werden. Intensität und Qualität der beanstandeten Beziehung müssen vom Mass des sozial Üblichen abweichen und bei objektiver Betrachtung geeignet sein, sich auf die Partei selbst und deren Prozess auszuwirken, und derart den Anschein der Befangenheit hervorzurufen (vgl. zur Veröffentlichung bestimmtes Urteil 8C 602/2012 vom 12. April 2013 E. 5.1 mit Hinweisen).

2.2. Zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids, am 16. Oktober 2012, war der vorsitzende Richter noch im Amt und nicht Mitglied der Anwaltskanzlei Bänziger. Seine frühere Kanzleigemeinschaft mit diesem lag viele Jahre zurück und war daher für sich allein nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit zu wecken. Anders könnte zu entscheiden sein, wenn Johann Martin Schmid während des hängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Sondierungsgespräche oder Beitrittsverhandlungen mit der Kanzlei Bänziger geführt hätte. Dies wird jedoch von den Beteiligten übereinstimmend und glaubhaft verneint. Unter diesen Umständen ist die Befangenheit zu verneinen.

2.3. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der angeblich positiven Signale, die vom vorsitzenden Richter an der Referentenaudienz ausgesendet worden sein sollen. Es ist nachvollziehbar, dass der Richter die heiklen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative und ihren Konsequenzen für die Erteilung von Kontingenten für bereits bewilligte Bauvorhaben stellten, im damaligen Zeitpunkt noch nicht überblickte und es vorgezogen hätte, wenn eine einverständliche Lösung auf kommunaler Ebene gefunden worden wäre. Daraus kann nichts zugunsten des Rechtsstandpunkts der Beschwerdeführer abgeleitet werden. Im Übrigen entschied Johann Martin Schmid nicht allein, sondern zusammen mit zwei weiteren Richtern des Verwaltungsgerichts.

Nach dem Gesagten erweist sich die Rüge der Befangenheit als unbegründet.

3.
Bevor die weiteren Rügen der Beschwerdeführer geprüft werden, rechtfertigt es sich, kurz die Rechtslage auf kommunaler und regionaler Ebene (E. 3.1) sowie die Rechtsauffassungen der Vorinstanzen (E. 3.2 und 3.3) darzustellen.

3.1. Gestützt auf den Regionalen Richtplan des Kreises Oberengadin zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus vom 26. Juni 2008/ 24. Februar 2009 (im Folgenden: Regionaler Richtplan) hat die Gemeinde Silvaplana den Zweitwohnungsbau kontingentiert. Gemäss Art. 61a Abs. 1 des Baugesetzes der Gemeinde Silvaplana (BauG) beträgt das Jahreskontingent 800 m^2 Bruttogeschossfläche (BGF). Das Kontingent ist jährlich nach den Vorgaben des Regionalen Richtplans anzupassen, ebenso wie die Aufteilung auf die verschiedenen Projektarten und die Bauherrschaften (Art. 61a Abs. 2 BauG).

Die Kontingentszuweisung und Baufreigaben der beanspruchten Kontingente erfolgt grundsätzlich im Rahmen der Baubewilligung (Art. 63a Abs. 6 BauG). Die Baufreigabe wird zurückgestellt, wenn das Jahreskontingent für die Überbauung nicht ausreicht oder eine Bauherrschaft mehr als die ihr zustehende Quote benötigt (Art. 63c Abs. 1 Satz 1 und 2 BauG). Über die Baufreigabe von Projekten, welche Kontingente über die im Regionalen Richtplan festgelegten Zeitspannen hinaus beanspruchen, darf erst entschieden werden, wenn die Kontingente für folgende Perioden bestimmt sind (Art. 63c Abs. 1 Satz 3 BauG).

Für die Periode beginnend ab 24. Februar 2014 ist bislang kein Kontingent festgelegt worden, und zwar weder im Kreis noch in den Kreisgemeinden.
Nach Art. 82 KRG kann die kommunale Baubehörde Ausnahmen von einzelnen Bau- und Zonenvorschriften erteilen, wenn ausserordentliche Verhältnisse vorliegen, die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen eine unverhältnismässige Härte bedeutet und dadurch keine überwiegenden öffentlichen und privaten Interessen verletzt werden.

3.2. Der Gemeinderat Silvaplana entschied, dass weder ausserordentliche Verhältnisse noch eine unzumutbare Härte vorlägen. Ausserordentlich sei nur die Annahme der Volksinitiative, die den Bau von Zweitwohnungen inskünftig verbiete. Mit der Bewilligungsauflage vom 27. Dezember 2010 sei statuiert worden, dass die geplanten Zweitwohnungen nur realisiert werden könnten, wenn der Kreis Oberengadin für die nächste Periode (2014 bis 2017) Zweitwohnungskontingente festlege; dies sei nun nicht mehr möglich. Damit liege lediglich einer der Fälle vor, in denen eine Resolutivbedingung infolge einer Gesetzesänderung nicht eintrete. Dies sei nicht ungewöhnlich. Zudem zielten die Auswirkungen der Volksinitiative in die gleiche Richtung wie die Erstwohnungsanteils- und Kontingentierungsregelungen der Gemeinde: Unbewirtschaftete Zweitwohnungen seien schon nach der bestehenden kommunalen Regelung nicht erwünscht. Der neuen Verfassungsbestimmung würde sehr viel Gewalt angetan, wenn im letzten Moment noch Zweitwohnungen freigegeben würden, die schon nach bisherigem Recht erst verzögert hätten realisiert werden dürfen. Im Übrigen sei die bauliche Nutzung der Grundstücke (Erstellung von Erstwohnungen) weiterhin möglich, weshalb auch keine unverhältnismässige Härte vorliege.

3.3. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass Baufreigaben nur im Rahmen des auf fünf Jahre festgelegten

und aufgeteilten Gesamtkontingents des Regionalen Richtplans Zweitwohnungsbau des Kreises Oberengadin erteilt werden dürften. Bislang sei die Aufteilung nur für die Zeitperiode 2009 bis 2013 erfolgt. Für diese Zeitspanne stünden unstreitig keine Kontingente mehr zur Verfügung. Für die nächste Periode (ab Februar 2014) seien noch keine Kontingente bestimmt worden, weshalb auch keine Baufreigaben und Kontingentsvorbezüge für diesen Zeitraum bewilligt werden könnten, und zwar auch nicht im Wege einer Ausnahmebewilligung.

Der Vollständigkeit halber hielt das Verwaltungsgericht fest, dass auch die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung im Sinne von Art. 82 KRG nicht gegeben seien.

Unbehelflich sei auch die Berufung auf Vertrauensschutz. Gestützt auf die Baubewilligung vom 27. Dezember 2010 hätten die Beschwerdeführer nicht mit Sicherheit damit rechnen können, dass die Baufreigabe zu einem bestimmten Zeitpunkt auch tatsächlich erfolge. Dem Kreisrat habe es schon vor Annahme der Initiative freigestanden, das Gesamtkontingent für die Oberengadiner Gemeinden wesentlich unter dem jetzigen Wert festzulegen oder auf eine Zuweisung gänzlich zu verzichten. Entsprechend sei in der Bewilligung unter der Rubrik "Baufreigabe" für die Häuser 1, 2 und 5 der Vermerk "unbestimmt" angebracht worden.

4.
Die Beschwerdeführer rügen zunächst, das Verwaltungsgericht habe das Gesuch der Beschwerdeführer mit einer anderen Begründung als die Gemeinde abgewiesen, ohne den Beschwerdeführern dazu das rechtliche Gehör gewährt zu haben. Dies wäre jedoch notwendig gewesen und sei umso erstaunlicher, als am 26. Juli 2012 eine Referentenaudienz stattgefunden habe. Im Übrigen sei die Begründungssubstitution auch materiell-rechtlich unzulässig, wenn die Gemeinde (wie hier) die neue Begründung offenkundig ablehne.

4.1. Nach der Praxis des Bundesgerichts haben die Parteien grundsätzlich keinen Anspruch darauf, zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen besonders angehört zu werden. Den Parteien ist jedoch Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn beabsichtigt ist, den Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde und mit deren Erheblichkeit im konkreten Fall auch nicht gerechnet werden konnte (BGE 121 II 29 E. 2b/aa; 116 V 182 E. 1a S. 185, 115 Ia 94 E. 1b S. 96 f. mit Hinweisen). Eine strengere Praxis gilt im Sozialversicherungsrecht, insbesondere bei der Aufrechterhaltung von revisionsweise verfügten Rentenaufhebungen mit substituierter Begründung, zu der den Versicherten generell vorgängig Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden muss (BGE 125 V 368 E. 2 S. 369 E. 4 S. 370; 116 V 185 E. 1a, 115 Ia 96 E. 1b mit Hinweisen; Urteil 9C 562/2008 vom 3. November 2008 E. 2.2; 8C 1027/2009 vom 17. August 2010 E. 2.2, in: SZS 2010 S. 514).

4.2. Im vorliegenden Fall hat das Verwaltungsgericht denselben Sachverhalt unter Anwendung derselben rechtlichen Grundlagen (BauG; regionaler Richtplan, KRG) beurteilt wie die Gemeinde. Es gelangte dabei zum gleichen Ergebnis (kein Anspruch auf Baufreigabe), ging jedoch - im Gegensatz zur Gemeinde - davon aus, dass eine Dispensierung von der Kontingentierung richtplanwidrig und damit unzulässig sei. In dieser Situation kannten die (anwaltlich vertretenen) Beschwerdeführer alle tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen und konnten sich dazu vor Verwaltungsgericht äussern. Es liegt deshalb keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

4.3. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die substituierte Begründung die Gemeindeautonomie verletzt, führt sie doch im Ergebnis zur Bestätigung der gemeindlichen Verfügung. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht (subsidiär) auch die Begründung der Gemeinde geschützt.

5.
Die Beschwerdeführer rügen eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil die Vorinstanzen sich nicht zu ihrem Eventualantrag geäussert hätten, die Baufreigabe ausgehend von einer neuen Kontingentszuweisung nach Art. 6 des Regionalen Richtplans Zweitwohnungsbau vom 26. Juni 2008 zu verfügen.

Dieser Vorwurf ist unbegründet: Sowohl die Gemeinde als auch das Verwaltungsgericht haben dargelegt, dass

weder im Regionalen Richtplan noch im kommunalen Baugesetz Kontingente für den Zeitraum 2014-2017 festgelegt worden seien und deshalb keine neuen Kontingente für diese Periode vergeben werden könnten. Insofern haben beide Vorinstanzen begründet, weshalb (zumindest zum jetzigen Zeitpunkt) keine Baufreigabe gestützt auf eine neue Kontingentszuweisung erfolgen könne. Ob diese Begründung zutrifft, ist eine Frage des materiellen Rechts und nicht des rechtlichen Gehörs.

6.
Materiell-rechtlich machen die Beschwerdeführer geltend, die Kontingentierung stelle keine Resolutivbedingung, sondern eine negative Befristung dar: Bei Erteilung der Baubewilligung seien alle Beteiligten davon ausgegangen, dass für die Periode 2014-2019 weitere Kontingente festgelegt würden; ungewiss sei daher nicht das "ob", sondern nur das "wann" der Baufreigabe gewesen.

Die Beschwerdeführer hätten daher auf die Realisierung der zweiten Bauetappe vertrauen dürfen. Sie verweisen u.a. auf die Auflagen in der Baubewilligung, wonach in der ersten Bauetappe bereits sämtliche Erstwohnungen (Häuser 3 und 4) sowie die unterirdische Einstellhalle für alle fünf Häuser zu realisieren gewesen seien. Sie hätten Investitionen in Höhe von mehreren Millionen Franken getätigt, die sich nicht mehr rückgängig machen liessen. Die Projektierung und die Begründung von Stockwerkeigentum für die zweite Etappe seien bereits abgeschlossen und es liefen Verhandlungen mit Kaufinteressenten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen könnten nicht Erstwohnungen anstelle von Zweitwohnungen realisiert werden, da hierfür in Silvaplana kein Markt bestehe. Das Bauprojekt müsste somit abgeschrieben werden, mit der Folge, dass es mitten im Dorfkern eine überdimensionierte Autoeinstellhalle und brachliegendes Bauland gäbe. Dies liege nicht im öffentlichen Interesse.

Es sei willkürlich davon auszugehen, dass der Regionale Richtplan der Erteilung einer Ausnahmebewilligung gemäss Art. 82 KRG zwingend entgegenstehe. Nach dieser Bestimmung dürfe selbst von den Regelungen des KRG abgewichen werden; dies müsse daher erst recht für Richtplanbestimmungen gelten.

Unhaltbar seien schliesslich die Feststellungen des Verwaltungsgerichts zu den Konsequenzen der Annahme der Volksinitiative "Schluss mit uferlosem Zweiwohnungsbau": Art. 75 BV und seine Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 9 BV) seien auf die vorliegende Baubewilligung, die schon im Jahr 2010 erteilt und rechtskräftig geworden sei, gar nicht anwendbar. Insofern stehe es den Gemeinden frei, bereits bewilligte Zweitwohnungsbauvorhaben von der Kontingentierung entweder vollständig zu befreien oder sie - wie bisher - über mehrere Jahre gestaffelt zu realisieren.

Für die erste Variante (sofortige Baufreigabe) spreche die Überlegung, dass die Beschränkung des Zweitwohnungsbaus sich künftig nach Bundesrecht richten werde, die Bestimmungen zur Kontingentierung von Zweitwohnungen im Kreis Oberengadin damit obsolet geworden seien.

Denkbar sei aber auch die Variante, wonach die kommunalen Vorschriften übergangsrechtlich weitergelten. Danach wären alle nach Bundesrecht noch zulässigen Zweitwohnungsbauvorhaben im Rahmen und nach Massgabe der jährlichen Kontingentierungen, d.h. zeitlich gestaffelt, zu realisieren. Diese Variante setze voraus, dass der Kreis Oberengadin seiner Pflicht zur Aufteilung des Gesamtkontingents weiterhin nachkomme. Es sei jedoch ein "offenes Geheimnis", dass er dazu nicht gewillt sei. Einem Privaten sei es auch nicht möglich, dies gerichtlich durchzusetzen. Unter diesen Umständen seien zwei Lösungen denkbar: Entweder man gehe weiterhin von der Aufteilung gemäss Art. 6 Abs. 1 des Regionalen Richtplans aus, solange diese Bestimmung nicht abgeändert worden sei, oder aber die Gemeinden seien nicht mehr an den Regionalen Richtplan gebunden, weil der Kreis sich selbst nicht rechtskonform verhalte respektive seine zugewiesenen Aufgaben nicht wahrnehme.

Alle Varianten führten zum Ergebnis, dass den Beschwerdeführern die beantragte Baufreigabe erteilt werden müsse und die Verweigerung des Gesuchs daher willkürlich sei.

7.
In ihrer Vernehmlassung legt die Gemeinde dar, dass Art. 6 des Regionalen Richtplans nur behörden- und nicht

eigentümerverbindlich sei. Für die Grundeigentümer werde die Aufteilung des Kontingents erst mit der Überführung der Beschlüsse des Kreisrats in kommunales Recht verbindlich, d.h. wenn die Gemeindeversammlung das Kontingent für die folgende Periode bestimmt habe. Eine solche Festlegung sei jedoch für die Periode ab 2014 nie erfolgt, so dass weitere Freigaben vorläufig ausgeschlossen seien. Da die Gemeinde jedenfalls ab dem 1. Januar 2013 keine Baubewilligungen für unbewirtschaftete Zweitwohnungen mehr erteilen dürfe (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV), sei es dem Kreis und den Gemeinden auch verwehrt, weitere Kontingente festzulegen und zuzuweisen.

Die Gemeinde weist den Vorwurf der Verletzung von Treu und Glauben zurück. Grundsätzlich hätte mit der Überbauung Präsuras als Grossprojekt erst nach Vorliegen der gesamthaft benötigten Zweitwohnungskontingente begonnen werden dürfen. Die Bauherrschaft habe aber nicht solange zuwarten wollen und habe deshalb vorgeschlagen, das Projekt zu etappieren und mit den Häusern 3 und 4 sowie den Parkierungsanlagen sofort zu beginnen. Die Bauherrschaft habe sich somit die jetzt auftretenden Probleme selbst zuzuschreiben.

8.
Wie oben (E. 3.3) aufgezeigt wurde, wurde der Antrag der Beschwerdeführer auf Baufreigabe vom Verwaltungsgericht mit zwei alternativen Begründungen abgewiesen. Eine Gutheissung der Beschwerde setzt voraus, dass beide Begründungen verfassungsrechtlich nicht haltbar sind. Dies muss von den Beschwerdeführern substantiiert dargelegt werden (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 IV 119 E. 6.3 S. 120/121).

8.1. Art. 82 KRG verlangt für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung das Vorliegen "ausserordentlicher Verhältnisse". Diese müssen nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts i.d.R. in der besonderen Form, Lage oder Beschaffenheit eines Grundstücks begründet sein.

Die Beschwerdeführer machen selbst nicht geltend, dass derartige ausserordentliche Verhältnisse bei ihren Grundstücken vorliegen, die eine Ausnahmebewilligung i.S.v. Art. 82 KRG rechtfertigen würden. Schon aus diesem Grund ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanzen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung verneint haben.

8.2. Soweit sich die Beschwerdeführer auf die Annahme der Zweitwohnungsinitiative am 11. März 2012 berufen, handelt es sich um eine Rechtsänderung, die (in ihrem sachlichen, örtlichen und zeitlichen Anwendungsbereich) alle Parzellen gleichermassen betrifft. Die neuen Verfassungsbestimmungen zum Zweitwohnungsbau (Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV) können u.U. eine Änderung des kommunalen Rechts bedingen. Dagegen rechtfertigen sie es nicht, einzelne Bauvorhaben durch Erteilung einer Ausnahmebewilligung von den (noch) geltenden Bestimmungen des kommunalen Rechts zu befreien.

8.3. Erweist sich die Beschwerde nach dem Gesagten als unbegründet, erübrigt es sich zu prüfen, ob auch der am 11. März 2012 in Kraft getretene Art. 75b Abs. 1 BV der Baufreigabe entgegensteht.

9.
Ist die Beschwerde somit abzuweisen, tragen die Beschwerdeführer die Gerichtskosten (Art. 66 BGG). Die Gemeinde Silvaplana obsiegt in ihrem amtlichen Wirkungskreis und hat daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.– werden den Beschwerdeführern auferlegt.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien sowie Johann Martin Schmid, aVerwaltungsgerichtspräsident, und dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 5. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Juli 2013
Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Fonjallaz

Die Gerichtsschreiberin: Gerber