Urteilskopf

140 II 378

34. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Gemeinde St. Moritz gegen A. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 1C_68/2014 vom 15. August 2014

Regeste (de):
Beschränkung des Zweitwohnungsbaus (Art. 75b und 197 Ziff. 9 BV; Zweitwohnungsverordnung); Beschwerdelegitimation der Gemeinde (Art. 89 Abs. 1 BGG).

Die Gemeinde ist zur Beschwerde gegen einen Entscheid befugt, der sie verpflichtet, eine Baubewilligung zu erteilen, die ihres Erachtens nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV nichtig wäre (E. 1.2).

Nach Ablauf der Übergangsfrist gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV bestehen aus kompetenzrechtlicher Sicht keine Bedenken mehr gegen die Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012. Diese ist bis zum Inkrafttreten des Zweitwohnungsgesetzes anzuwenden, soweit sie den Anwendungsbereich von Art. 75b BV und damit auch der Nichtigkeitsfolge gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV in zulässiger Weise präzisiert (E. 4.1).

Nicht in der Verordnung geregelt ist der Ausbau von am 11. März 2012 bereits bestehenden Zweitwohnungen, die weiterhin als Zweitwohnungen genutzt werden sollen (E. 4.2).

Der vorliegend streitige Umbau von Neben- zu Hauptnutzflächen kann bis zur Klärung durch den Gesetzgeber nicht bewilligt werden; eine entsprechende Bewilligung wäre nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV nichtig (E. 5).

Regeste (fr):
Limitation de la construction de résidences secondaires (art. 75b et 197 ch. 9 Cst.; ordonnance sur les résidences secondaires); légitimation pour recourir de la commune (art. 89 al. 1 LTF).

La commune dispose de la qualité pour recourir contre une décision qui l'oblige à accorder un permis de construire qui, à son avis, serait nul en vertu de l'art. 197 ch. 9 al. 2 Cst. (consid. 1.2).

A l'expiration du délai transitoire prévu par l'art. 197 ch. 9 al. 1 Cst., la compétence du Conseil fédéral pour adopter l'ordonnance sur les résidences secondaires du 22 août 2012 ne fait plus aucun doute. Cette ordonnance est applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur les résidences secondaires, pour autant qu'elle précise, d'une manière admissible, la portée de l'art. 75b Cst., ainsi que les conséquences de la nullité au sens de l'art. 197 ch. 9 al. 2 Cst. (consid. 4.1).

L'ordonnance ne règle pas l'extension des résidences secondaires existant déjà au 11 mars 2012 et qui continueront à être utilisées en tant que résidences secondaires (consid. 4.2).

Dans le présent litige et dans l'attente d'une clarification par le législateur, la transformation de la surface utile secondaire en une surface utile principale ne peut pas être autorisée; une telle autorisation serait nulle en vertu de l'art. 197 ch. 9 al. 2 Cst. (consid. 5).

Regesto (it):
Limitazione delle abitazioni secondarie (art. 75b e 197 n. 9 Cost.; ordinanza sulle abitazioni secondarie); legittimazione a ricorrere del Comune (art. 89 cpv. 1 LTF).

Il Comune è legittimato a ricorrere contro una decisione che gli impone di rilasciare una licenza edilizia che a

suo avviso sarebbe nulla secondo l'art. 197 n. 9 cpv. 2 Cost. (consid. 1.2).

Dopo la scadenza del termine transitorio dell'art. 197 n. 9 cpv. 1 Cost. non sussistono più dubbi sotto il profilo giuridico sulla competenza del Consiglio federale per adottare l'ordinanza sulle abitazioni secondarie del 22 agosto 2012. La stessa è applicabile fino all'entrata in vigore della legge sulle abitazioni secondarie nella misura in cui precisa, in modo ammissibile, il campo di applicazione dell'art. 75b Cost. e quindi anche la conseguenza della nullità secondo l'art. 197 n. 9 cpv. 2 Cost. (consid. 4.1).

L'ordinanza non disciplina la trasformazione rispettivamente l'ampliamento delle abitazioni secondarie già esistenti l'11 marzo 2012, che continueranno ad essere utilizzate quali residenze secondarie (consid. 4.2).

Nella fattispecie, la trasformazione litigiosa da superficie utile secondaria in superficie utile principale non può essere autorizzata fino al chiarimento da parte del legislatore; una simile autorizzazione sarebbe nulla in virtù dell'art. 197 n. 9 cpv. 2 Cost. (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 379

BGE 140 II 378 S. 379

Am 21. Juni 1962 erteilte die Gemeinde St. Moritz die Bewilligung zur Erstellung eines viergeschossigen Mehrfamilienhauses auf Parzelle Nr. x an der Via N. Das Dachgeschoss wurde als Estrich bewilligt. Am 6. Februar 2013 ersuchte A. die Gemeinde um die Bewilligung für den Umbau des bestehenden Aufenthaltsraumes im Dachgeschoss als Studio. Mit Baubescheid vom 15. April 2013 wies der Gemeindevorstand das Baugesuch ab, weil es im Widerspruch zu Art. 75b BV stehe. Dagegen erhob A. am 16. Mai 2013 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Dieses hiess die Beschwerde am 26. November 2013 gut, hob den Baubescheid auf und wies die Angelegenheit zur Weiterführung des Baubewilligungsverfahrens im Sinne der Erwägungen und zum Erlass eines neuen Baubescheids an die Gemeinde zurück.

BGE 140 II 378 S. 380

Gegen den verwaltungsgerichtlichen Entscheid hat die Gemeinde St. Moritz am 4. Februar 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht erhoben. Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) kommt in seiner Vernehmlassung zum Ergebnis, dass die geplante Erweiterung der bestehenden Zweitwohnung in den Bereich des bewilligten Estrichs die Bruttogeschossfläche vergrössere und damit den bundesrechtlichen Bestimmungen über Zweitwohnungen widerspreche. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt den angefochtenen Entscheid auf und bestätigt den Baubescheid der Gemeinde St. Moritz vom 15. April 2013. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. (...)

1.2 Die Gemeinde ist durch den angefochtenen Entscheid als Baubewilligungsbehörde und damit als Trägerin hoheitlicher Gewalt berührt; sie ist daher befugt, mit Beschwerde eine Verletzung ihrer Gemeindeautonomie geltend zu machen (Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG). Ob ihr im fraglichen Bereich Autonomie zusteht, ist eine Frage der Begründetheit der Beschwerde (vgl. nicht publ. E. 2). Die Gemeinde ist aber auch legitimiert, gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG Beschwerde zu erheben. Denn Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV sieht vor, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Artikel 75b BV folgenden Jahres und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, nicht nur anfechtbar, sondern sogar nichtig sind. Es wäre der Autorität der Gemeinde als Bau- und Planungsbehörde abträglich, wenn sie gezwungen wäre, Verfügungen zu erlassen, die ihrer Ansicht nach nichtig sind, d.h. denen jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit abgeht und deren Nichtigkeit jederzeit und vor sämtlichen staatlichen Instanzen geltend gemacht werden könnte. Sie ist daher befugt, geltend zu machen, dass die streitige Baubewilligung wegen Verletzung von Art. 75b BV i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV und Art. 8 Abs. 2 der Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen (SR 702; im Folgenden: ZweitwohnungsV) nichtig wäre. (...)

4. Art. 75b Abs. 1 BV bestimmt, dass der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens

20 Prozent beschränkt ist. Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Art. 75b BV folgenden Jahres und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, sind nichtig (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV).

4.1 Der Bundesrat hat am 22. August 2012 die ZweitwohnungsV erlassen. Im Erläuternden Bericht des ARE vom 17. August 2012 wird ausgeführt, dass es aufgrund der sehr einscheidenden Nichtigkeitsfolge ein legitimes Bedürfnis gebe, für die Zeit bis zum Erlass des Ausführungsgesetzes einheitlich durch den Bund zu klären, welche Fälle von Baubewilligungen überhaupt von Art. 75b BV und damit auch von der Nichtigkeitsfolge gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV erfasst seien und welche nicht.
Der Bund stützte sich hierfür auf seine Befugnis zum "Vollzug der Gesetzgebung" nach Art. 182 Abs. 2 BV. In der Literatur ist umstritten, ob der Bundesrat schon vor Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV zur Vollziehung der neuen Verfassungsbestimmung befugt war (contra ALAIN GRIFFEL, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, eine Zwischenbilanz, ZBl 115/2014 S. 69 ff. mit Hinweisen; pro BERNHARD WALDMANN, Die Zweitwohnungsverordnung, Jusletter 10. Dezember 2012 N. 5 f; derselbe, Zweitwohnungen - vom Umgang mit einer sperrigen Verfassungsnorm, in: Schweizerische Baurechtstagung 2013, S. 123 ff., 129). Inzwischen ist die in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV statuierte Übergangsfrist abgelaufen, ohne dass ein Ausführungsgesetz in Kraft getreten ist. Der Bundesrat ist nunmehr befugt, die nötigen Ausführungsbestimmungen über Erstellung, Verkauf und Registrierung im Grundbuch durch Verordnung zu regeln. Am 19. Februar 2014 hat der Bundesrat den Entwurf eines Zweitwohnungsgesetzes (E-ZWG) und die dazugehörige Botschaft beschlossen (Botschaft vom 19. Februar 2014 zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, BBl 2014 2287 ff.). Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes soll die geltende Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012 in Kraft bleiben (Botschaft, S. 2290 Ziff. 1.1; Art. 9 Abs. 2 ZweitwohnungsV). Verfügt der Bundesrat seit dem 12. März 2014 über eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zum Erlass von Ausführungsbestimmungen in Form einer Verordnung, so bestehen aus kompetenzrechtlicher Sicht keine Bedenken mehr gegen die ZweitwohnungsV. Es wäre überspitzt formalistisch, vom Bundesrat zu verlangen, die ZweitwohnungsV ein zweites Mal zu erlassen, diesmal gestützt auf

Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV. Die geltende Verordnung ist daher bis zum Inkrafttreten des Zweitwohnungsgesetzes anzuwenden, sofern sie den Anwendungsbereich von Art. 75b BV in zulässiger Weise präzisiert.

4.2 Art. 3 ZweitwohnungsV trägt die Überschrift "Bestehende Wohnungen und Hotels". Diese Bestimmung regelt jedoch lediglich die Umnutzung von am 11. März 2012 bereits bestehenden oder rechtskräftig bewilligten Wohnungen, von Erst- zu Zweitwohnungen und umgekehrt, in der Grenze der vorbestandenen, anrechenbaren Bruttogeschossfläche. Nicht geregelt ist der vorliegend streitige Fall des Um- bzw. Ausbaus einer Zweitwohnung, die weiterhin als Zweitwohnung genutzt werden soll. Insoweit bleibt es daher bei der Übergangsregelung gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV.

5. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV enthält ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot, das im Ergebnis (wenn auch nicht in der Rechtsfolge, vgl. Urteil 1C_88/2014 E. 4.2) einer Planungszone gleichkommt. Es ist weit auszulegen, um eine Präjudizierung der künftigen Ausführungsgesetzgebung zu vermeiden (BGE 139 II 243 E. 10.5 S. 257). Darunter fallen alle baubewilligungspflichtigen Tatbestände, deren Vereinbarkeit mit Art. 75b Abs. 1 BV zweifelhaft erscheint und daher vom Gesetzgeber geregelt werden müssen.

5.1 Art. 75b BV beschränkt nicht nur den Zweitwohnungsanteil am Gesamtbestand der Wohneinheiten, sondern auch an der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde. Wie das ARE zutreffend darlegt, ist davon auszugehen, dass dieser Begriff künftig bundeseinheitlich geregelt wird und sich nicht zwangsläufig mit der nach dem kantonalen bzw. kommunalen Recht anrechenbaren Bruttogeschossfläche decken wird.

5.2 Die Auslegung des ARE, wonach auf die Hauptnutzungsflächen gemäss SIA-Norm 416 abzustellen sei, d.h. auf die Flächen eines Geschosses, die der Wohnnutzung im engeren Sinne dienen, ist eine mögliche, mit Art. 75b BV vereinbare Auslegung, die auch der Botschaft des Bundesrats vom 19. Februar 2014 zugrunde liegt (BBl 2014 S. 2307 zu Art. 9 und S. 2310 zu Art. 12 E-ZWG). Nach dieser Definition stellt die Umwandlung von Nebennutzflächen in Hauptnutzflächen eine Erweiterung einer bestehenden Zweitwohnung dar.
Ob und wenn ja inwieweit das künftige Gesetz eine derartige Erweiterung zulassen wird, ist noch ungewiss. Im Vernehmlassungsverfahren schlug der Bundesrat zwei Varianten vor: Nach der einen sollten altrechtliche Wohnungen weitgehend frei umgenutzt und

auch geringfügig erweitert werden dürfen; nach der anderen durften sie nur im Rahmen der bestehenden Hauptnutzfläche geändert werden. Der vom Bundesrat beschlossene Gesetzesentwurf sieht nunmehr in Art. 12 Abs. 3 vor, dass die Erweiterung der Hauptnutzflächen einer altrechtlichen Wohnung nur zulässig ist, wenn diese als Erstwohnung oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung deklariert wird (Botschaft, S. 2292 f. Ziff. 1.3 und S. 2310 zu Art. 12 E-ZWG).

5.3 Der Umbau des Estrichs (als Nebennutzfläche gemäss SIA-Norm 416) zu einem Studio vergrössert die Hauptnutzfläche. Die vom Beschwerdegegner geltend gemachte frühere Nutzung des Dachgeschosses als Aufenthaltsraum wurde nie bewilligt. Wie bereits das Verwaltungsgericht festgehalten hat, erfolgte die Bewilligung des Dachfensters 1966 ausdrücklich zur besseren Belichtung des Estrichs. Es liegen keinerlei Anhaltspunkte

dafür vor, dass eine Wohnnutzung des Dachgeschosses in der Folgezeit - ausdrücklich oder stillschweigend - von der Gemeinde bewilligt oder geduldet worden wäre. Es handelt sich somit um einen baubewilligungspflichtigen Tatbestand, dessen Vereinbarkeit mit Art. 75b Abs. 1 BV zweifelhaft erscheint und bis zur Klärung durch den Gesetzgeber nicht bewilligt werden kann; eine entsprechende Bewilligung wäre gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV nichtig.