

URTEIL

vom 25. April 2006

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Erstwohnungs-pflichtersatzabgabe

1. ... erwarb am 31. Juli 2001 eine 3 ½-Zimmerwohnung (StWE-Grundstück S 51'499) in der Gemeinde ... zum Preis von Fr. 1.23 Mio. Die besagte Wohnung war in jenem Zeitpunkt mit einer Erstwohnungsverpflichtung gemäss kommunalem Baurecht belastet. Aufgrund gesundheitlicher Probleme entschied sich ..., den Wohnsitz in ... aufzugeben und die Wohnung zu verkaufen. Als Kaufinteressenten fand er die Eheleute ..., welche bereit gewesen wären, die Wohnung als Erstwohnung zu einem Preis von Fr. 1.1 Mio. zu erwerben. Sie beabsichtigten, getrennt in Zürich und ... Wohnsitz zu nehmen. Auf entsprechende Anfrage teilte die Gemeinde den Eheleuten ... mit Schreiben vom 8. Juni 2005 mit, dass gemäss klarem Wortlaut von Art. 52 BG sowohl der steuerrechtliche als auch der zivilrechtliche Wohnsitz in ... begründet werden müsse und dass sich die Gemeinde vorbehalte, entsprechende Kontrollen durchzuführen. In der Folge stellte ... ein Gesuch um Entlassung der besagten Wohnung aus der Erstwohnungsverpflichtung, dem die Gemeinde am 17. August 2005 stattgab, und verkaufte die Wohnung den Eheleuten ... am 31. August 2005 als Zweitwohnung zum Preis von Fr. 1.15 Mio. Am 14. September 2005 veranlagte die Gemeinde gestützt auf Art. 58 f. BG eine Ersatzabgabe von Fr. 260'000.-- (20% von Fr. 1.3 Mio.), welche mit Einspracheentscheid vom 6. Oktober 2005 auf Fr. 246'000.-- (20% von Fr. 1.23 Mio.) reduziert wurde. Die Reduktion wurde damit begründet, dass vom Erwerbspreis von Fr. 1.3 Mio. ein Betrag von Fr. 70'000.-- für die beiden Abstellplätze sowie den Aussenparkplatz in Abzug zu bringen sei.

2. Dagegen erhob ... am 24. November 2005 Rekurs an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die umstrittene Ersatzabgabe auf Fr. 50'000.-- festzusetzen. Er macht zusammengefasst geltend, er habe durch den Wohnungsverkauf nur einen Mehrwert von Fr. 50'000.-- realisiert. Eine Ersatzabgabe von Fr. 246'000.-- verstosse daher sowohl gegen den Zweck der Abgabe als auch gegen das Verhältnismässigkeits- bzw. Äquivalenzprinzip. Überdies verstosse sie gegen das Verbot konfiskatorischer Besteuerung. Die Gemeinde habe ausserdem durch die falsche Auskunft, es gebe keinen getrennten Wohnsitz für Eheleute, verhindert, dass er die Wohnung als Erstwohnung habe verkaufen können. Den dadurch entstandenen Schaden stelle er zur Verrechnung.
3. Die Gemeinde ... beantragte in ihrer Vernehmlassung die Abweisung des Rekurses. Sie macht geltend, für die Bemessung der Abgabe dürfe schematisch auf durchschnittliche Verhältnisse abgestellt werden. Der Rekurrent könne daher aus dem Umstand, dass er offenbar die Wohnung bei ihrem Erwerb überzahlt habe, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es sei notorisch, dass im Oberengadin Zweitwohnungen in der Regel um ein Viertel bis ein Drittel teurer verkauft werden könnten als Erstwohnungen. Die Höhe der Ersatzabgabe von 20 % des Erwerbspreises sei daher gerechtfertigt. Die Gemeinde habe dem Rekurrenten auch keine falsche Auskunft erteilt, weshalb eine Verrechnung des angeblichen Schadens unzulässig sei.
4. In einem zweiten Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest, ohne wesentliche neue Argumente vorzubringen.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Gemäss Art. 58 BG kann die Baubehörde auf schriftlich begründetes Gesuch hin und gegen Entrichtung einer Ersatzabgabe von der Erstwohnungsanteil-

Regelung entbinden, wenn die Eigentümerin bzw. der Eigentümer nachweist, dass die betreffende Wohnung schon mindestens 2 Jahre als Erstwohnung genutzt worden ist und dass infolge veränderter Verhältnisse (Tod, Krankheit, Scheidung, Stellenverlust und dergleichen) die Einhaltung der Erstwohnungsanteil-Verpflichtung für ihn eine unverhältnismässige Härte bedeuten würde. Die dabei zu entrichtende Ersatzabgabe beträgt nach Art 59 Abs. 1 BG 20% des Preises, zu dem die betreffende Eigentümerin bzw. der Eigentümer die Wohnung gekauft hat, mindestens aber 20% des Verkehrswerts der letzten amtlichen Schätzung der betreffenden Wohnung bzw. des Hausteils (Land, Erschliessungs- und Nebenkosten eingerechnet).

2. Die umstrittene Abgabe ist ihrer Rechtsnatur nach eine Ersatzabgabe. Entstehungsgrund der Ersatzabgabepflicht ist ein gesetzlich festgelegter, in der Person des Abgabepflichtigen erfüllter, rechtlicher Tatbestand (ersatzabgaberechtlicher Tatbestand). Er besteht in der ausdrücklichen oder implizierten Befreiung von einer grundsätzlich bestehenden öffentlich-rechtlichen Pflicht (vgl. G. Walti, Der schweizerische Militärpflichtersatz, S. 54). Der Ersatzpflichtige schuldet die Ersatzabgabe unabhängig davon, ob ihm durch die Befreiung von der Leistungspflicht ein Vorteil erwachsen ist oder nicht. Die Ersatzabgabe ist kein Entgelt für einen vom Gemeinwesen eingeräumten Sondervorteil. Der Pflichtige erhält deshalb für seine Abgabe auch keine besondere, rechtlich erfassbare Gegenleistung des Gemeinwesens. Massgebend für die Entstehung und Höhe der Abgabepflicht ist vielmehr einzig die Befreiung von einer grundsätzlich bestehenden Leistungspflicht (Walti, a.a.O., S. 55). Die Ersatzabgabe hat in erster Linie den Zweck, in Bezug auf eine bestimmte Leistungspflicht die Rechtsgleichheit herzustellen. Mit der Auferlegung einer Geldleistung soll die durch die Befreiung von einer Pflicht geschaffene Ungleichheit in der öffentlichen Belastung zwischen dem Befreiten und dem Pflichtigen ausgeglichen werden (Ausgleichsfunktion; Walti, a.a.O., S. 55). Die finanzielle Belastung durch eine Ersatzabgabe unterliegt, wie jeder Eingriff in die persönliche Freiheit, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dieser besagt, dass der Eingriff mittels Ersatzabgabe nicht stärker sein dürfe, als dies zur Erreichung des Zwecks der Abgabenerhebung erforderlich ist. Um die Ersatzabgabe mit dem

Verhältnismässigkeitsgrundsatz in Einklang zu bringen, ist demnach vom Zweck der jeweiligen Ersatzabgabe auszugehen. Ausser Betracht fällt dabei regelmässig der Verwendungszweck der Ersatzabgabe, da sich von diesem grundsätzlich keine hinreichende Begrenzung der Ersatzabgabehöhe (der Eingriffsintensität) ableiten lässt. Massgebend ist für die Verhältnismässigkeitsprüfung vielmehr der dominante Zweck der Ersatzabgabe. Dieser besteht, wie schon festgestellt wurde, in der Ausgleichsfunktion der Ersatzabgabe. Allein diese Überlegung vermag denn auch erst die Erhebung der Ersatzabgabe, die weder eine Steuer darstellt, noch an eine Gegenleistung des Gemeinwesens geknüpft ist, überhaupt zu rechtfertigen. Die Ersatzabgabe darf deshalb nicht höher sein, als es zur Herbeiführung eines solchen Ausgleiches notwendig ist (Walti, a.a.O., S. 56f.). Ausgangspunkt für die Ersatzabgabe ist demnach der Vorteil (nicht zu verwechseln mit dem wirtschaftlichen Sondervorteil bei Vorzugslasten), der dem an sich Verpflichteten aus der Befreiung von der Leistungspflicht entsteht (BGE 102 Ia 15). Dabei dürfen schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden. So müssen z.B. bei Parkplatzersatzabgaben nicht die im konkreten Fall eingesparten Kosten berücksichtigt werden, sondern es darf auf durchschnittliche Verhältnisse abgestellt werden (Bundesgerichtsurteil 2P.128/1999 E. 5a. in: ZBI 2003 S.553; 1P. 586/2004, S. 10).

3. a) Wie das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Regelung der Erstwohnungsverpflichtung bereits mit Entscheid vom 28. September/26. Oktober 1994 (VGE 373/94; bestätigt für die Regelung der Rekursgegnerin in: VGU R 02 8; für eine andere Gemeinde in: VGU A 04 21) ausgeführt hat, entspricht die Regelung der Ersatzabgabe dem Grundgedanken des Ausgleiches. Aus der Sicht des Baubewilligungsinhabers erkaufte er sich damit nämlich die Möglichkeit, eine Wohnung teurer zu verkaufen oder zu vermieten, als ihm dies auf dem reinen einheimischen Markt mit dementsprechend schwächerer Nachfragekraft gelingen könnte. Darf er Wohnungen auch an Auswärtige veräussern oder vermieten, steht ihm ein potenterer Kundenkreis zur Verfügung, indem wohlhabende Unter- oder Ausländer mit den Einheimischen auf dem Wohnungsmarkt konkurrieren. Die

Stellung des Anbieters wird dadurch gestärkt, die Nachfrageseite ist qualitativ und quantitativ besser bzw. grösser. Dementsprechend steigen die Gewinnrealisierungsmöglichkeiten des Anbieters. Der Bewilligungsinhaber, der sich für die Ersatzabgabe entschieden hat, ist demnach gegenüber jenem, der einen Anteil an Erstwohnungen zur Verfügung stellt, im Vorteil. Der Zweck der Abgabe besteht somit im Ausgleich dieses Vorteils.

- b) Das Verwaltungsgericht hatte sich - wie erwähnt - schon mehrfach mit Ersatzabgaben für die Ablösung der Erstwohnungspflicht in Oberengadiner Gemeinden zu beschäftigen. Dabei konnte festgestellt werden, dass im Oberengadin Zweitwohnungen sehr viel bessere Preise erzielen als Erstwohnungen. Die Gemeinde hat mit verschiedenen Beispielen nachgewiesen, dass Zweitwohnungen in der Regel um ein Viertel bis ein Drittel teurer gehandelt werden als Erstwohnungen. Teilweise kann mit Zweitwohnungen sogar fast der doppelte Erlös wie mit Erstwohnungen erzielt werden. Bei dieser Sachlage ist es nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die Ersatzabgabe für die Ablösung der Erstwohnungsverpflichtung auf 20 % des Erwerbspreises für die Erstwohnung festgelegt hat. Die Ersatzabgabe wirkt somit auch nicht konfiskatorisch. Dies ist angesichts der geschilderten Marktlage ein tauglicher Bemessungsgrundsatz. Daran ändert sich dadurch nichts, dass andere Gemeinden einerseits andere Bemessungsgrundlagen und im Ergebnis tiefere Ersatzabgaben vorsehen. Der Rekurrent bestreitet die Zulässigkeit dieses Abgabesatzes an sich auch nicht grundsätzlich, sondern macht im Prinzip nur geltend, dass dieser sich in seinem Fall unverhältnismässig und konfiskatorisch auswirke. Wie erwähnt, ist es indessen zulässig, auf durchschnittliche Verhältnisse abzustellen. Die Abgabe ist vom Pflichtigen in dieser Höhe grundsätzlich auch dann zu entrichten, wenn seine Zusatzerträge aus der Veräusserung von Liegenschaften als Zweitwohnungen gegenüber einem Verkauf als Erstwohnungen weniger als 20 Prozent betragen sollten. Von daher sind die rechtsanwendenden Behörden nicht zu Abklärungen über die Preisunterschiede auf dem Erst- und Zweitwohnungsmarkt im Einzelfall gezwungen (vgl. Bundesgerichtsurteil 1P. 586/2004, S. 20 f.). Die Ausführungen des Rekurrenten, dass er durch den Verkauf seiner Wohnung

als Zweitwohnung lediglich einen Mehrerlös von Fr. 50'000.-- erzielt habe bzw. im Vergleich zu dem von ihm selber bezahlten Kaufpreis sogar einen Verlust habe hinnehmen müssen, sind daher unbeachtlich. Im Übrigen hat es nicht die Gemeinde zu vertreten, dass er seinerzeit die Wohnung möglicherweise zu einem für eine Erstwohnung übersetzten Preis erworben oder sie jetzt allenfalls zu einem für eine Zweitwohnung zu tiefen Preis wiederum veräussert hat. Die Gemeinde hat somit die umstrittene Abgabe zu Recht erhoben.

4. Der Rekurrent stellt der Abgabeforderung der Gemeinde einen Schadenersatzanspruch, der ihm wegen einer angeblich falschen Auskunft der Gemeinde entstanden sei, zur Verrechnung gegenüber. Die Kreise, Gemeinden und übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten sind gemäss Art. 9 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes pflichtig, für den Schaden Ersatz zu leisten, der Dritten durch ihre Behörden und Beamten in Ausübung ihres Dienstes absichtlich oder grobfahrlässig zugefügt wird. Vorliegend steht in keiner Weise fest, dass sich die zuständigen Organe der Gemeinde bei der vom Rekurrenten als falsch bezeichneten Auskunft ein schuldhaftes Verhalten vorwerfen lassen müssen. Die zur Verrechnung gestellte Forderung ist demnach nicht liquid. Es ist auch nicht Sache des Verwaltungsgerichtes, dazu weitere Abklärungen zu treffen. Vielmehr ist es dem Rekurrenten anheim gestellt, seinen Anspruch aus Staatshaftung vor den dafür gemäss Art. 20 Verantwortlichkeitsgesetz zuständigen Zivilgerichten einzuklagen. Der Rekurs ist demnach vollumfänglich abzuweisen.
5. Bei diesem Ausgang gehen die Verfahrenskosten zulasten des Rekurrenten, der überdies die anwaltlich vertretene Gemeinde angemessen aussergerichtlich zu entschädigen hat.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Der Rekurs wird abgewiesen.

2.	Die Gerichtskosten, bestehend	
	- aus einer Staatsgebühr von	Fr. 4'000.--
	- und den Kanzleiauslagen von	Fr. 153.--
	zusammen	<u>Fr. 4'153.--</u>

gehen zulasten von ... und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen.

3. ... entschädigt die Gemeinde ... aussergerichtlich mit Fr. 2'000.-- (inkl. MWST).

Die dagegen an das Bundesgericht erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde am 23. November 2006 abgewiesen (2P.190/2006/leb).