

3. Kammer

# URTEIL

vom 15. Februar 2005

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Erstwohnungspflichtersatzabgabe

1. Mit Baubescheid vom 17. Oktober 2000 hat der Gemeindevorstand ... dem in ... wohnhaften ... die Baubewilligung für die Erstellung eines Mehrfamilienhauses auf Parzelle Nr. 47 erteilt. Gemäss den Baugesuchsunterlagen war die Realisierung von insgesamt 955.92 m<sup>2</sup> Wohnraum geplant, was aufgrund von Art. 47c Abs. 1 des kommunalen Baugesetzes (BG) bedeutete, dass mindestens 35% dieser Fläche, nämlich 334,57 m<sup>2</sup> als sog. Erstwohnungsteil zur Verfügung zu stellen waren. Mit Brief vom 22. Januar 2003 teilte die Gemeinde ... mit, dass mit dem Verkauf der Wohnungen Nr. 1 und 2 als Erstwohnungen 19,41% als Erstwohnungsanteil anrechenbar seien. Für die restlichen 7,79% (entsprechend dem Anteil der Wohnung 3, die ursprünglich als Erstwohnung geplant war) bzw. 7,80% (Differenz zu den verlangten 35%) setzte die Gemeinde mit Veranlagungsverfügungen vom 17. August 2004 eine Ersatzabgabe in Höhe von CHF 94'241.-- bzw. CHF 94'362.-- fest. Sie ging dabei von einem Gebäudeneuwert der gesamten Liegenschaft von CHF 5'645'600.-- gemäss amtlicher Schätzung vom 19. Juli 2004 aus, was nach einem Abzug von 25% für die vorgeschriebenen Parkplatzanlagen im Sinne von Art. 47k BG zu einem Bemessungswert von Fr. 4'234'200.-- für die Ersatzabgabe von 10 % führte. Die von ... dagegen erhobene Einsprache wies der Gemeindevorstand mit Entscheid vom 16. November 2004 ab.
2. Dagegen erhob ... am 13. Dezember 2004 Rekurs an das Verwaltungsgericht mit den Begehren, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, Art. 47k BG sei im vorliegenden Fall die Anwendbarkeit zu versagen (konkrete

Normenkontrolle), die Rechnungsverfügungen vom 17. August 2004 angemessen zu reduzieren bzw. an den Rekursgegner zur Neuberechnung zurückzuweisen und eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Er macht geltend, der Ersatzabgabesatz von 10 % auf dem Gesamtwert des Gebäudes sei viel zu hoch. Er führe zu einer Verteuerung der in Zweitwohnungen umgewandelten Erstwohnungen von 28.6 %. Ein solcher Mehrwert entstehe jedoch nicht. Zudem sei es nicht gerechtfertigt, vom Schätzungswert nur die Garage und Technikräume abzuziehen. Schliesslich bestehe für die Auferlegung von Verfahrenskosten keine gesetzliche Grundlage.

3. Die Gemeinde ... beantragte in ihrer Vernehmlassung die Abweisung des Rekurses. Sie beruft sich zur Begründung auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes, wonach eine Ersatzabgabe von 10 % des Neubauwertes durchaus verfassungskonform sei. Der Pauschalabzug von 25 % sei gesetzeskonform vorgenommen worden. Für die Verfahrenskosten bestehe eine genügende gesetzliche Grundlage.

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

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Wie das Verwaltungsgericht schon mehrmals hinsichtlich der Regelung der Erstwohnungsverpflichtung und der Ersatzabgabe (VGU A 02 21; VGE 373/94; bestätigt für eine andere Gemeinde in: VGU R 02 8) 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. Mit Blick auf diese Zweckbestimmung erscheint nun der Neubauwert des gesamten neugeschaffenen Wohnraumes grundsätzlich als der richtige Massstab für die Bemessung der Abgabe. Insbesondere verstösst dies nicht gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Der Bauherr ist verpflichtet, einen Erstwohnungsanteil von lediglich 35 % zur Verfügung zu stellen. Das bedeutet, dass er 65 % einer Überbauung uneingeschränkt auf dem lukrativen Zweitwohnungsmarkt verkaufen darf. Wenn er sich zusätzlich für die Ersatzabgabe entscheidet, darf er sogar allen Wohnraum als Zweitwohnungen verkaufen. Es liegt nun auf der Hand, dass sich mit diesen Zweitwohnungen weit höhere Gewinne erzielen lassen als mit Erstwohnungen und dass diese Differenz auch erheblich mehr beträgt als 10 % des Neubauwertes des gesamten neuerstellten Wohnraumes. Daraus erhellt, dass es grundsätzlich dem Sinn und Zweck der Regelung entspricht, den gesamten Wert des neuen Wohnraumes für die Abgabebemessung heranzuziehen, da so ein wertadäquater Ausgleich für die Befreiung von der Leistungspflicht erzielt wird, indem die Abgabe nicht höher als der erzielbare Zusatzgewinn ist. Dies ergibt sich aber nicht nur aus dem Sinn, sondern auch aus der Systematik der Bestimmungen über den Erstwohnungsbau. So sieht insbesondere Art. 47c BG einen Erstwohnungsanteil von 35 % pro Parzelle und **pro Überbauung** vor. Ist aber für die Festlegung der Realpflicht jeweils der gesamte neugeschaffene Wohnraum zu berücksichtigen, so ist es nur folgerichtig, dass dies auch bei der Bemessung der Ersatzabgabe so ist. Ansonsten wäre der die Realpflicht erfüllende Grundeigentümer gegenüber jenem, der die Ersatzabgabe leistet, in rechtsungleicher Weise benachteiligt. Aus dem Gesagten folgt, dass Art. 47k in teleologischer und gesetzessystematischer Auslegung so zu verstehen ist, dass jeweils der Neuwert des gesamten neugeschaffenen Wohnraumes (exklusive der

vorgeschriebenen Parkplatzanlagen) als Bemessungsbasis für die Ersatzabgabe herbeizuziehen ist.

2. Der Rekurrent ist nun freilich der Ansicht, bei dem Ersatzabgabesatz von 10 % führe dies bei Ablösung des Erstwohnungsanteiles von 35 % zu einer Verteuerung von 28.6 %. Ein solcher Mehrwert sei - jedenfalls in der Gemeinde ... - nicht realisierbar. Eine Ersatzabgabe in dieser Höhe sei daher rechtsungleich und unverhältnismässig. Mit dieser Argumentation übersieht der Rekurrent, dass das Gesetz als Bemessungsgrundlage nicht etwa dem Marktwert oder den Realwert der Liegenschaft herbeizieht, sondern vielmehr den **Gebäudeneuwert**. Darin sind ausschliesslich die Anlagekosten für das Gebäude enthalten. Abgezogen wird zudem noch eine Pauschale für Parkieranlagen von 25 %, weshalb effektiv nur 75 % des Gebäudeneuwertes als Bemessungsgrundlage dienen. Nicht berücksichtigt werden bei der Bemessung der Bodenwert und die Anschlussgebühren sowie weitere Aufwendungen der Bauherrschaft, die zur Preisbildung beitragen. Diese Kosten können sich leicht in der Grössenordnung von 30 % und mehr der gesamten Anlagekosten bewegen (vgl. die Schätzungsbeispiele in: Naegeli/Wenger, Der Liegenschaftenschätzer, S. 137 ff.). Die Ersatzabgabe von 10 % auf dem Gebäudeneuwert bewirkt daher nicht eine Verteuerung der gesamten Anlagekosten für die abgelösten Erstwohnungen von 28.6 %, sondern von höchstens 20 % bzw. unter Berücksichtigung des Pauschalabzuges von 25 % des Neuwertes von noch weniger. Dabei ist zudem der auf dem Verkauf von Erstwohnungen realisierbare Gewinn nicht enthalten. Setzt man diesen mit bescheidenen 10 % der Gesamtanlagekosten ein, resultiert daraus bei einer Umwandlung in Zweitwohnungen durch die Ersatzabgabe ein Zuschlag in der Grössenordnung von 10 % auf den Marktwert von Erstwohnungen. Dass für eine Zweitwohnung insgesamt 10 % mehr erzielt werden können als für eine Erstwohnung, stellt auch der Rekurrent nicht in Abrede. Selbst in dem von ihm angeführten Beispiel beträgt die Preisdifferenz zwischen einer Erst- und einer Zweitwohnung mindestens 15 %. Die Gemeinde hat zudem einen Preisvergleich für einige in der letzten Zeit verkaufte Objekte zu den Akten gegeben. Daraus geht hervor, dass sich die Differenz zwischen Erst- und Zweitwohnungen bei den

Quadratmeterpreisen für Eigentumswohnungen in einer Spannbreite von 25 bis zu 335 % bewegt. Die Bemessung einer Ersatzabgabe von 10 % auf dem um 25 % reduzierten Gebäudeneuwert der gesamten Überbauung erweist sich nach dem Gesagten als mit dem Rechtsgleichheitsgebot und dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar. Art. 47k BG hält somit vor der Verfassung stand. Die Anordnung einer Expertise erübrigt sich demnach ebenfalls.

3. Der Rekurrent bemängelt weiter, dass sich der erwähnte Pauschalabzug vom Gebäudewert nur auf Garagen und Technikräume beziehe. Ein Abzug sei auch für weitere besonders teure technische und bauliche Ausführungen zu gewähren. Dem kann nicht gefolgt werden. Zum einen ist der gewährte Abzug mit 25 % der Baukosten sehr hoch, sodass damit effektiv mehr als nur die Kosten für die Garagen und Technikräume abgezogen werden. Sodann gibt es für einzelne Bauteile wie Decken und Heizungen keinen gespaltenen Markt in dem in VGE 373/94 umschriebenen Sinne. Dies setzt nämlich voraus, dass die entsprechenden Räume für sich separat auf den Markt gebracht werden können, wie dies beispielsweise für Abstellflächen zutreffen mag. Schliesslich ist zu bemerken, dass der um den Abzug verminderte Gebäudeneuwert eben nur die Bemessungsbasis für die Ersatzabgabe darstellt. Massgebend ist letztlich allein, dass die im Gesetz vorgesehene Methode zu verfassungskonformen Veranlagungen der Ersatzabgabe führt, was nach dem oben Gesagten der Fall ist. Der Rekurs erweist sich damit auch in dieser Hinsicht als unbegründet.
4. Gemäss Art. 4 der kommunalen Gebührenverordnung zum Baubewilligungsverfahren, wozu auch die Erhebung der Ersatzabgabe zählt, kann eine Gebühr für nicht speziell geregelte Entscheide von Fr. 75.-- bis 750.-- erhoben werden. Die Behauptung des Rekurrenten, für die von der Gemeinde erhobenen Verfahrenskosten von Fr. 500.-- bestehe keine gesetzliche Grundlage ist daher geradezu abwegig.
5. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die vom Rekurrenten wegen der Signalwirkung des vorliegenden Entscheides verlangt wurde, ist abzusehen. Ein Rechtsanspruch im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK besteht

darauf ohnehin nicht, da es um eine Abgabe geht, die nicht in den Anwendungsbereich der EMRK fällt (vgl. Villiger, Handbuch der EMRK, 2.A., N. 399). Das Urteil wird im Internet publiziert, wodurch dem Anliegen des Rekurrenten Rechnung getragen wird.

6. Bei diesem Ausgang gehen die Verfahrenskosten zulasten des Rekurrenten, der die anwaltlich vertretene Gemeinde überdies angemessen aussergerichtlich zu entschädigen hat.

**Demnach erkennt das Gericht:**

1. Der Rekurs wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten, bestehend

- aus einer Staatsgebühr von	Fr. 2'500.--
- und den Kanzleiauslagen von	Fr. 136.--
zusammen	<u>Fr. 2'636.--</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. 1'200.--.