

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 211 vom 7. Mai 2019**

BE Verwaltungsgericht, 2019-05-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2018\\_211](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2018_211)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 211 du 7 mai 2019

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 211 del 7 maggio 2019

## **Regeste**

Baubewilligung; Erstellung eines Mehrfamilienhauses mit Unterhalts- und Verkaufsbetrieb für Motorfahrzeuge und Einstellhalle (Entscheid der BVE v. 6.2.2017; RA Nr. 110/2016/117; Urteil des BG vom 15.6.2018; 1C\_592/2017) | Baubewilligung/Baupolizei

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gut, kann es entweder in der Sache selbst entscheiden oder die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 107 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Weist es die Sache an die kantonale Instanz zurück, hat sich diese bei der neuen Beurteilung an die Erwägungen des Bundesgerichts zu halten und darf ihren Entscheid insbesondere nicht auf Überlegungen stützen, welche dieses ausdrücklich oder stillschweigend verworfen hat. Der neue Entscheid ist somit auf die Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1, 135 III 334 E. 2 und 2.1, 112 Ia 353 E. 3c/bb; BGer 1C\_325/2018 vom 15.3.2019 E. 4.2, 2C\_1076/2017 vom 3.1.2018 E. 2.4, 8C\_304/2007 vom 26.3.2008 E. 2.1).

### **E. 1.2**

Die im vom Bundesgericht aufgehobenen Urteil dargelegten Sachurteilsvoraussetzungen sind unbestritten geblieben. Auf die Beschwerde ist deshalb mit den genannten Vorbehalten einzutreten (VGE 2017/71 vom 21.9.2017 E. 1.4-1.6).

### **E. 1.3**

Mit Aufhebung des verwaltungsgerichtlichen Urteils durch das Bundesgericht steht das Verfahren grundsätzlich wieder dort, wo es vor dem Urteil vom 21. September 2017 gestanden hat. Allerdings hat das Bundesgericht die Angelegenheit einzig zur Sachverhaltsergänzung und neuer Be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 07.05.2019, Nr. 100.2018.211U, Seite 6 urteilung der Frage einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung des Zweitwohnungsverbots an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen. Im Übrigen hat es die Beschwerde als unbegründet erachtet (zusammenfassend: BGer 1C\_592/2017 vom 15.6.2018 E. 1.2 und E. 7; vorne Bst. C). Gegenstand des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht bildet somit nur noch die Frage, ob die Baubewilligung eine Umgehung des Zweitwohnungsverbots gemäss Art. 75b der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art.

6 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702) darstellt (vorne E. 1.1).

#### **E. 1.4**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin. Gerügt werden können somit die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie andere Rechtsverletzungen einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 80 Bst. a und b des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Anders als die Beschwerdeführenden meinen (act. 12 Ziff. 3.1), verlangen weder die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV noch Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine richterliche Kontrolle der Angemessenheit im kantonalen Gerichtsverfahren (BGE 142 II 49 E. 4.4, 120 Ia 19 E. 4c). Das Verwaltungsgericht kann die Entscheidreife von Rechtsstreiten in der Regel selber herstellen (vgl. Art. 84 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 84 N. 4). Es ist folglich nicht nötig, die Sache für die weiteren Sachverhaltsabklärungen und zum neuen Entscheid an die BVE oder den Regierungstatthalter zurückzuweisen, zumal sich nur Rechtsfragen stellen, wozu auch Sachverhaltsfragen gehören.

#### **E. 2.1**

Wenn in einer Gemeinde, in der keine Zweitwohnungen mehr gebaut werden dürfen, ein Baugesuch für Erstwohnungen gestellt wird, kann eine Umgehung des Zweitwohnungsverbots und damit ein Rechtsmissbrauch beabsichtigt sein. Ein Rechtsmissbrauch muss offensichtlich sein, um sanktioniert zu werden. Will eine Behörde, dass die umgangene Bestimmung angewendet wird, muss sie die Rechtsumgehung oder einen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 07.05.2019, Nr. 100.2018.211U, Seite 7 ernsthaften Verdacht auf eine solche nachweisen. Dies erfordert eine Beurteilung von Fall zu Fall. Um einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur, wenn von Anfang an klar ist, dass das Vorhaben nicht wie angegeben genutzt werden kann. Ein solcher Fall liegt namentlich vor, wenn in der fraglichen Gemeinde eine ungenügende Nachfrage nach Erstwohnungen der betreffenden Art besteht oder andere konkrete Indizien für eine Umgehung sprechen. Diese Indizien können die Lage der Liegenschaft (Bauzone, ganzjährige Zugänglichkeit, Distanz zu Arbeitsplätzen), das Konzept (aus Sicht des ganzjährigen Aufenthalts), den Preis oder die Verhältnisse der Person betreffen, welche dort zu wohnen beabsichtigt (aktueller Wohnsitz, Arbeitsort, Absichtserklärung der Interessierten). Wenn die künftigen Bewohnerinnen und Bewohner nicht bekannt sind, ist die Nachfrage nach Erstwohnungen im gleichen Sektor das Hauptkriterium (BGE 144 II 49 E. 2.2 mit Hinweisen [Pra 2018 Nr. 140]). Diesfalls muss glaubhaft gemacht werden, dass im betreffenden Marktsegment eine Nachfrage für Erstwohnungen besteht. In den Fällen, in denen die Nachfrage offensichtlich unzureichend ist, dürfen Baubewilligungen nur erteilt werden, wenn ernsthafte und konkrete Zusicherungen für den Erwerb durch ganzjährige Bewohnerinnen und Bewohner vorliegen. Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn die Bauherrschaft die Absicht hat, das Bauvorhaben als Erstwohnung zu vermarkten: Ist diese Absicht nicht realistisch, ist von einer Umgehung der gesetzlichen Regelung auszugehen. Diesfalls ist auch der Einwand unbeachtlich, wonach die Bauherrschaft das finanzielle Risiko trage (BGE 1C\_69/2018 vom 3.12.2018 E. 3.1, 144 II 49 E. 2.3). Ein Indiz für eine

fehlende Nachfrage kann nach dem Bundesgericht sein, dass es der Bauherrschaft nicht gelingt, auch nur eine einzige Wohnung ab Plan an Ortsansässige zu verkaufen. Dies selbst dann, wenn das Rechtsmittelverfahren gewisse Interessentinnen und Interessenten abgeschreckt haben mag (BGE 1C\_69/2018 vom 3.12.2018 E. 3.2).

### **E. 2.2**

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist von Amtswegen zu prüfen, ob konkrete Indizien vorliegen, welche die Absicht bzw. die Möglichkeit einer Erstwohnnutzung des Bauvorhabens als unrealistisch erscheinen lassen. Die Möglichkeit, die Erstwohnnutzungsbeschränkung nach Art. 14 Abs. 1 Bst. b ZWG zu sistieren, erhöht das

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 07.05.2019, Nr. 100.2018.211U, Seite 8 Risiko, dass die Bauherrschaft (trotz der restriktiven gesetzlichen Voraussetzungen) von vornherein auf eine künftige Sistierung setzt. Es würde dem Zweck des ZWG und von Art. 75b BV offensichtlich zuwiderlaufen, die Erstellung von Wohnungen zu bewilligen, die wahrscheinlich nie als Erstwohnungen genutzt werden können (BGE 1C\_69/2018 vom 3.12.2018 E. 3 einleitend, 144 II 49 E. 2.4 a.E.).

### **E. 2.3**

In BGer 1C\_263/2016 vom 21. Februar 2017 hat das Bundesgericht erstmals einen Rechtsmissbrauch bzw. eine Gesetzesumgehung bejaht. Umstritten waren vier projektierte Chalets mit je zwei Wohnungen in der Gemeinde Rossinière VD. Die Gemeinde verfügte über eine geringe bauliche Entwicklung und kein vergleichbares Projekt war in den letzten 25 bis 30 Jahren bewilligt worden. In der Region standen viele Wohnungen leer und die Nachfrage nach Erstwohnungen hatte erheblich abgenommen. Die Gemeinde zählte per 31. Dezember 2015 565 Einwohnerinnen und Einwohner und die Bevölkerung war in den letzten sechs Jahren um 69 Personen zurückgegangen (E. 5.1). Das Bundesgericht erwog, die konstante Abnahme der Bevölkerung führe dazu, dass Wohnungen verfügbar seien, die sich als Erstwohnungen eigneten. Die Bevölkerungsstatistik zeige auf, dass kein Bedarf nach neuen Wohnungen bestehe, zumal noch nie ein vergleichbares Projekt in der Gemeinde realisiert worden sei, die bauliche Entwicklung der Gemeinde gering sei und keine anderen Umstände geltend gemacht würden, aufgrund deren die Leerwohnungen nicht wieder besetzt werden könnten. Hinzu komme, dass sich die Bauparzelle nicht in einem lokalen Zentrum gemäss kantonalem Richtplan befinde. Mit Blick auf alle diese Elemente sei es offensichtlich, dass die Wohnungen nicht als Erstwohnungen genutzt werden könnten (E. 5.3). In einem die Gemeinde Bagnes VS bzw. die Ortschaft Verbier betreffenden Fall hat das Bundesgericht festgehalten, die Bevölkerung habe zwischen Januar 2013 und Anfang 2016 um 44 Personen abgenommen, was eine sinkende Nachfrage aufzeige. Ausserdem lagen 45 Baubewilligungen für insgesamt 79 Wohnungen vor. Davon waren 8 fertiggestellt und wurden als Erstwohnungen genutzt, 13 warteten auf den Ausgang eines Rechtsmittelverfahrens und bei 49 war noch nicht mit den Bauarbeiten begonnen worden. Ausserdem standen 49 mit dem fraglichen Projekt vergleichbare Liegenschaften zum Verkauf. Unter diesen Umständen sei keine genügende Nachfrage nach

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 07.05.2019, Nr. 100.2018.211U, Seite 9 Erstwohnungen dieses Typs gegeben (BGE 144 II 49 E. 2.4). In BGE 1C\_69/2018 vom 3. Dezember 2018 hat das Bundesgericht ebenfalls einen Rechtsmissbrauch bejaht: Die in Saanen geplanten Wohnungen seien ursprünglich als Zweitwohnungen konzipiert

worden und eigneten sich von der Grösse her nicht alle als Erstwohnungen im gehobenen Segment. Auch die Lage der Wohnungen (grosse Distanz zum Ortszentrum und zur nächstgelegenen Haltestelle des öffentlichen Verkehrs) beurteilte das Bundesgericht kritisch. In Saanen bestehe mit 10-15 leerstehenden und 13-18 bewilligten oder sich im Bau befindenden Wohnungen zudem kein Mangel an Erstwohnungen im gehobenen/luxuriösen Segment. Die Wohnbevölkerung stagniere seit Jahren. Unter diesen Umständen sei es unrealistisch, gleich 12 neue Erstwohnungen im gehobenen/luxuriösen Segment zu vermarkten. Dies gelte jedenfalls, wenn es sich – wie hier – von Zuschnitt und Lage her um typische Ferienwohnungen handle. Der Bauherrschaft sei es denn auch in den sechs Jahren seit Einreichen des Baugesuchs im Jahr 2012 nicht gelungen, auch nur eine einzige Wohnung ab Plan an Ortsansässige zu verkaufen (E. 3.2).

#### **E. 2.4**

Einen Rechtsmissbrauch hat das Bundesgericht in einem die Gemeinde Riddes VS betreffenden Fall verneint. Geplant waren 52 Erstwohnungen. Das Bundesgericht hat berücksichtigt, dass die Bevölkerung um 11 % zugenommen hatte, alle erstellten Erstwohnungen besetzt waren und auch die Lage und Ausstattung der geplanten Wohnungen der Erstwohnnutzung entsprachen (BGer 1C\_565/2016 vom 16.11.2017 Bst. B und E. 3.2). In drei die Gemeinde Crans-Montana VS betreffenden Fällen hat das Bundesgericht einen Rechtsmissbrauch verneint. Das Bundesgericht stützte sich auf einen Bericht der Gemeinde zur Nachfrage nach Erstwohnungen. Im Ortsteil, in dem die Häuser und Wohnungen geplant waren («station»), hatte die Einwohnerzahl zwischen dem 1. Januar 2013 und dem 31. Dezember 2016 um 3,3 %, d.h. von 6000 auf 6200 Personen zugenommen. Während dieser Zeit wurden 18 Erstwohnungen erstellt, die auch als solche genutzt wurden. Seit dem Jahr 2013 waren sodann 146 Baubewilligungen für Erstwohnungen erteilt worden. Davon waren 24 im Bau (8 Chalets zum Eigengebrauch der Eigentümerschaft, 4 Wohnungen zur Miete, 12 zum Verkauf). Von den 122 weiteren Baubewilligungen waren

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 07.05.2019, Nr. 100.2018.211U, Seite 10 22 angefochten worden. Im interessierenden Ortsteil betrug der Anteil an Erstwohnungen 24 % (BGer 1C\_73/2018 vom 7.1.2019 E. 2.4, 1C\_77/2018 vom 7.1.2019 E. 2.5 und 1C\_78/2018 vom 7.1.2019 E. 2.5). Das Bundesgericht erwog, Berichte dieser Art seien zwar mit Unsicherheiten verbunden. Der regelmässige Anstieg der Einwohnerzahl im interessierenden Ortsteil und die Anzahl der dort bereits gebauten oder noch zu bauenden Wohnungen in derselben Zeitspanne erlaube es jedoch nicht, die Nachfrage nach Erstwohnungen als ungenügend zu betrachten. Auch sonst seien keine Indizien gegeben, die gegen eine Erstwohnnutzung sprächen (BGer 1C\_73/2018 vom 7.1.2019 E. 2.5, 1C\_77/2018 vom 7.1.2019 E. 2.6 und 1C\_78/2018 vom 7.1.2019 E. 2.6; jüngst auch BGer 1C\_211/2018 vom 4.4.2019).

#### **E. 3.1**

Das Bundesgericht beurteilt die hier streitbetroffenen Wohnungen als von Zuschnitt, Ausgestaltung, Lage und Erschliessung her grundsätzlich für eine Erstwohnnutzung geeignet. Zwar sei (aufgrund der Ausstattung und der Baukosten) mit einem Preis im oberen Segment zu rechnen; dies schliesse jedoch eine Erstwohnnutzung in Gsteig nicht von vornherein aus, sei es doch notorisch, dass im Saanenland (Gstaad) auch vermögende Personen ihren Wohnsitz hätten. Jedoch fehlten Feststellungen zum Hauptkriterium,

nämlich zur Nachfrage nach Erstwohnungen in Gsteig. Um dies klären zu können, müsse bekannt sein, wie hoch der Wohnungsleerbestand in der Gemeinde sei und wie viele Erstwohnungen in jüngerer Zeit bewilligt bzw. erstellt worden seien (BGer 1C\_592/2017 vom 15.6.2018 E. 5.6). Dazu bedürfe es nicht zwingend der von den Beschwerdeführenden beantragten Expertise, sondern die Auskünfte könnten auch bei der Gemeinde oder kantonalen Behörden eingeholt werden (BGer 1C\_592/2017 vom 15.6.2018 E. 5.7).

### **E. 3.2**

Den Angaben der Gemeinde zufolge hat die Bevölkerung in Gsteig zwischen den Jahren 2007 (982 Personen) und 2017 (991 Personen) um neun Personen zugenommen (act. 7A). In der Gemeinde stünden insgesamt fünf Wohnungen des geplanten Typs («Erstwohnungen im ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 07.05.2019, Nr. 100.2018.211U, Seite 11 hobenen Segment – bewohnt durch Personen mit steuerrechtlichem Wohnsitz in Gsteig») zur Verfügung. Alle seien bewohnt (act. 7 S. 2 Bst. a und b und act. 7A). Es seien keine weiteren Baubewilligungsverfahren für Wohnungen im gehobenen Segment hängig und auch keine entsprechenden Baubewilligungen erteilt worden (act. 7 S. 2 Bst. c).

### **E. 3.3**

Aus den Angaben der Gemeinde ergibt sich, dass zurzeit einzig die von der Beschwerdegegnerin geplanten drei Wohnungen (vgl. VGE 2017/71 vom 21.9.2017 E. 4.3) als Erstwohnungen im gehobenen Segment auf dem Markt sind bzw. in nächster Zeit auf den Markt kommen werden. Die von den Beschwerdeführenden angerufene Studie der Credit Suisse zum Schweizer Immobilienmarkt 2019 gibt zwar an, dass in den touristischen Bergregionen die höchsten Leerstände bei Eigentumswohnungen zu finden sind (act. 28A1 S. 13). Dies ist aber eine allgemeine Aussage zu den Wohnungsleerständen, während sich die Angaben der Gemeinde konkret auf Erstwohnungen im gehobenen Segment in Gsteig beziehen. Sodann hat die Einwohnerzahl leicht zugenommen, nämlich um rund 0,9 % zwischen 2007 und 2017 (E. 3.2 hiavor). Es trifft demnach entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden (act. 12 Ziff. 1) nicht zu, dass die Einwohnerzahl sinkt. Das umstrittene Vorhaben sieht eine Zweizimmerwohnung (109 m<sup>2</sup>), eine Fünzimmerwohnung (163 m<sup>2</sup>) und eine Vierzimmerwohnung (245 m<sup>2</sup>) vor. Als Erstwohnungen bieten diese Platz für rund acht bis elf Personen. Einen vergleichbaren Anstieg der Einwohnerzahl konnte die Gemeinde in den Jahren 2007-2017 mehrmals verzeichnen und ist folglich nicht bloss theoretisch, auch wenn im Jahr 2017 12 Personen mehr weg- als zugezogen sind (für die genauen Zahlen act. 7A). Unter diesen Umständen ist es nicht von vornherein unrealistisch, die drei geplanten Wohnungen als Erstwohnungen im gehobenen Segment zu nutzen, zumal das Bundesgericht anerkannt hat, dass im Saanenland auch vermögende Personen Wohnsitz haben (vorne E. 3.1). Folglich schliesst auch ein hoher Verkaufspreis die Erstwohnnutzung nicht aus (vgl. dazu auch die von den Beschwerdeführenden eingereichte Berechnung vom 2.4.2019, die auf einem Inserat der Beschwerdegegnerin im Anzeiger von Saanen vom 12.1.2016 beruht, act. 28A2). Zwar ist die Einwohnerzahl in den Fällen stärker angestiegen, in denen das Bundesgericht eine genügende Nachfrage bejaht hat. Gleichzeitig waren dort aber auch mehr

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 07.05.2019, Nr. 100.2018.211U, Seite 12 Erstwohnungen vorhanden und zusätzliche bewilligt (vorne E. 2.4). In den Fällen,

in denen das Bundesgericht von einer ungenügenden Nachfrage ausging, stand demgegenüber eine deutlich grössere Anzahl Wohnungen zur Diskussion und die Bevölkerungszahl hatte abgenommen oder stagnierte (vorne E. 2.3). Zusammenfassend ergibt sich, dass auch mit Blick auf die vom Bundesgericht beurteilten Fälle von einer bestehenden Nachfrage nach den drei Erstwohnungen auszugehen ist. Daran ändert nichts, dass es der Beschwerdegegnerin bisher nicht gelungen ist, eine Wohnung ab Plan an Ortsansässige zu verkaufen, ist dieser Umstand doch nur eines von mehreren Indizien, um die Nachfrage nach Erstwohnungen zu beurteilen (vorne E. 2.1 und 2.3 a.E.). Zusicherungen für den Erwerb durch ganzjährige Bewohnerinnen und Bewohner sind nach der bundes- gerichtlichen Rechtsprechung nur nötig, wenn die Nachfrage offensichtlich unzureichend ist (vorne E. 2.1).

#### **E. 3.4**

Ist von einer bestehenden Nachfrage nach Erstwohnungen des ge- planten Typs auszugehen und liegen auch sonst keine Indizien vor, die gegen eine Erstwohnnutzung sprechen (vorne E. 3.1), lässt sich nicht auf offensichtlichen Rechtsmissbrauch schliessen (vorne E. 2.1). Der ange- fochtene Entscheid ist demnach nicht zu beanstanden.

#### **E. 4**

Zu eröffnen: - den Beschwerdeführenden - der Beschwerdegegnerin - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern - der Einwohnergemeinde Gsteig - dem Bundesamt für Raumentwicklung und mitzuteilen: - dem Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen - dem Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Frutigen Der Abteilungspräsident: Die Gerichtsschreiberin: Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bun- desgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

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