

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2013 30 vom 22. Januar 2015**

BE Verwaltungsgericht, 2015-01-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2013\\_30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2013_30)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2013 30 du 22 janvier 2015

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2013 30 del 22 gennaio 2015

## **Regeste**

Baubewilligung - Erstellung eines Mehrfamilienhauses - Art. 75b BV (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 20. Dezember 2012 - RA Nr. 110/2012/145) | Baubewilligung/Baupolizei

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig.

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 79 Abs. 1 VRPG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; sog. formelle Beschwer), durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat (Bst. c; sog. materielle Beschwer; vgl. auch Art. 40 Abs. 5 und 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 Bst. a des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Materiell beschwert ist demnach, wer über eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache verfügt und einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung oder des angefochtenen Entscheids zieht. Bei Bauvorhaben stehen naturgemäss die Nachbarinnen und Nachbarn des Baugrundstücks in einer besonders nahen Beziehung zur Streitsache (BVR 2011 S. 498 E. 2.3 f., 2006 S. 261 E. 2.2; BGE 137 II 30 E. 2.2.2,

136 II 281 E. 2.2; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I/II, 4./3. Aufl. 2013/2010, Art. 35-35c N. 16 und 17).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführenden sind Eigentümerinnen und Eigentümer eines an die Bauparzelle angrenzenden Grundstücks, weshalb die geforderte Beziehungsnähe zur Streitsache gegeben ist. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin sind sie jedoch bezüglich gewisser Rügen nicht zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt, da ihnen im Fall des Obsiegens kein praktischer Nutzen entstehe (vgl. Beschwerdeantwort [BA], Rz. 3, 22, 65; Zweitwohnungsverbot, Umgebungsplan). – Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts können Nachbarinnen und Nachbarn insbesondere Einwände erheben, die sich auf Art und Grad der baulichen Nutzung des Nachbargrundstücks beziehen (vgl. BVR 1997 S. 97 E. 3d, 1983 S. 396 E. 1b; Michel Daum, Ist die rügebezogene Beurteilung der Legitimation zu

Nachbarbeschwerden im Baurecht überholt?, in BVR 2014 S. 83 ff., 94, 104; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 17). Die Beschwerdeführenden rügen die Art der Nutzung (Zweitwohnungen) der geplanten Mehrfamilienhäuser. Der von der BVE bestätigte Gesamtentscheid des Regierungsstatthalters lässt die Nutzung als Zweitwohnungen zu. Würden die Beschwerdeführenden mit ihrer Rüge durchdringen, das Bauvorhaben verstosse gegen das Zweitwohnungsverbot, könnte der angefochtene Entscheid der BVE bzw. die vom RSA erteilte Baubewilligung nicht bestätigt werden. Ihnen würde damit ein praktischer Nutzen entstehen (VGE 2012/448 vom 3.4.2014, E. 1.3, auch zum Folgenden). Ob das Bauvorhaben unter das Zweitwohnungsverbot fällt und die Erstwohnungsnutzung gegebenenfalls mit einer Auflage in der Baubewilligung und einer Anmerkung im Grundbuch (vgl. Art. 6 der Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen [nachfolgend: Zweitwohnungsverordnung; SR 702]) rechtlich gesichert werden kann bzw. muss, beschlägt nicht die Eintretensfrage, sondern die materielle Prüfung der Beschwerdegründe. Auch die «baupolizeilichen Rügen» (Beschwerde, Ziff. 7; hinten E. 4) sind geeignet, den Beschwerdeführenden einen praktischen Nutzen einzubringen, würde deren Begründetheit doch entweder zur Gutheissung der Beschwerde und damit zur Verweigerung der Baubewilligung oder zu einer für sie als Nachbarinnen und Nachbarn vorteilhafteren Gestaltung des Bauvorhabens führen.

#### **E. 1.4**

Gemäss Art. 32 Abs. 2 VRPG müssen Parteieingaben unter anderem eine Begründung enthalten. An die Begründung einer Beschwerde werden praxisgemäss (insbesondere bei Laieneingaben) keine hohen Anforderungen gestellt. Es reicht aus, wenn aus dem Rechtsmittel ersichtlich ist, inwiefern und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird. Die Begründung muss sich allerdings wenigstens in minimaler Form mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und sinngemäss darauf schliessen lassen, inwiefern dieser unrichtig sein soll (statt vieler BVR 2006 S. 470 E. 2.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 15). Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin (BA, Rz. 57) sind diese Begründungsanforderungen hier erfüllt: Aus den Ausführungen der Beschwerdeführenden geht hervor, dass sie die von der BVE bestätigte Bewilligung zum Bau eines Mehrfamilienhauses auf der Nachbarparzelle beanstanden wollen. Zur Begründung ihres Standpunkts führen sie zwar im Wesentlichen dieselben Argumente an wie im vorinstanzlichen Verfahren. Sie verweisen aber weder global auf ihre früheren Rechtsschriften noch haben sie ihre damaligen Ausführungen wortwörtlich abgeschrieben. Auch wenn sich die Beschwerdeführenden nicht eingehend mit den

Erwägungen der BVE auseinandersetzen, ist darin kein Begründungsmangel zu erblicken, der das Nichteintreten auf die Beschwerde zur Folge hätte (vgl. auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 15, sowie etwa BVR 2003 S. 534 [VGE 21608 vom 27.8.2003], nicht publ. E. 2.1).

#### **E. 1.5**

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten. Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

#### **E. 2.1**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht machen die Beschwerdeführenden zunächst eine Verletzung des Replikrechts geltend. Die BVE habe ihnen keine Gelegenheit zur Stellungnahme zur Beschwerdeantwort der Gemeinde und der Beschwerdegegnerin eingeräumt, obwohl sie ausdrücklich darum ersucht hätten (Beschwerde, Ziff. 1).

### **E. 2.2**

Die BVE hat den Beschwerdeführenden am 8. November 2012 die Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten zugestellt und die Rechtsvertreter der Parteien aufgefordert, bis zum 19. November 2012 die Kostennoten einzureichen. Dieser Aufforderung ist der Anwalt der Beschwerdeführenden am 15. November 2012 nachgekommen. Am 28. November 2012 hat er sodann namens der Beschwerdeführenden beantragt, das Verfahren sei zu sistieren, eventualiter sei ihnen eine 30-tägige Replikfrist anzusetzen. Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Gemeinde hätten neue Beweismittel ins Recht gelegt; diese seien den Beschwerdeführenden zur Stellungnahme zuzustellen. Am 5. Dezember 2012 wies die BVE das Sistierungsgesuch ab. Den Antrag auf Stellungnahme hat sie nicht behandelt. Sie hat einzig angemerkt, es treffe nicht zu, dass die Gemeinde sowie die Beschwerdegegnerin neue Beweismittel ins Recht gelegt hätten, das Verfahren sei entscheidreif und werde deshalb weitergeführt (vgl. Verfügung vom 5.12.2012, Ziff. 4). Am 20. Dezember 2012 erging der angefochtene Endentscheid.

### **E. 2.3**

Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst namentlich das Recht der Parteien eines Gerichtsverfahrens, von jedem eingereichten Aktenstück bzw. jeder Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt dies unabhängig davon, ob die Stellungnahmen neue Tatsachen oder Argumente enthalten und ob sie den Entscheid des Gerichts tatsächlich zu beeinflussen vermögen (BGE 138 I 484 E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 I 98 E. 2.1, wo das Bundesgericht offenlässt, ob Art. 29 Abs. 2 BV ein Replikrecht auch in Verwaltungsverfahren gewährleistet). Diese Vorgaben gelten im Kanton Bern gestützt auf Art. 21 ff. VRPG und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) in Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren entsprechend (BVR 2009 S. 328 E. 2.4; VGE 2012/69 vom 28.2.2013, E. 2.2.1, je mit weiteren Hinweisen).

### **E. 2.4**

Die BVE war nach dem Gesagten gehalten, den Beschwerdeführenden unabhängig davon, ob neue Beweismittel ins Recht gelegt worden waren, Gelegenheit zur Äusserung zu geben. Dem Replikrecht kann auch Genüge getan werden, indem Eingaben lediglich zur Kenntnisnahme zuge-

stellt werden. Dabei wird erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung erhält und dazu Stellung nehmen will, dies umgehend tut oder zumindest beantragt; ansonsten wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 138 I 484 E. 2.2 und 2.4). Zwar haben die Beschwerdeführenden vorliegend nicht umgehend um Fristansetzung zur Stellungnahme ersucht. Der BVE war jedoch mit der Eingabe der Beschwerdeführenden vom 28. November 2012 bekannt, dass diese sich zu den Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten äussern wollten; das Beschwerdeverfahren war noch hängig und der Beschwerdeentscheid stand noch aus. Von einem Verzicht auf Stellungnahme oder der Verwirkung des Replikrechts durfte die BVE unter diesen

Umständen nicht ausgehen, auch wenn die Beschwerdeführenden eine gewisse Zeit haben verstreichen lassen, bevor sie ihr Gesuch stellten (vgl. zur Frist zur Geltendmachung des Replikrechts BGE 133 I 100 E. 4.8, 132 I 42 E. 3.3.4; BGer 6B\_629/2010 vom 25.11.2010, E. 3.3.2, 1B\_407/2012 vom 21.9.2012, E. 2.2 und 3; Markus Lantner, Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, in ZBl 2012 S. 167 ff., 177 ff.), und ihr Rechtsvertreter die Kostennote bereits eingereicht hatte. Das Vorgehen der Beschwerdeführenden kann denn auch nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden (vgl. Vernehmlassung [act. 3], S. 2). Zwar steht auch das Replikrecht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Ein solcher ist jedoch nur in Ausnahmefällen anzunehmen (vgl. Markus Lantner, a.a.O., S. 172 und 178 f., mit Hinweisen). Indem die BVE ihren Entscheid gefällt hat, obwohl sie davon Kenntnis hatte, dass sich die Beschwerdeführenden zu den Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten äussern wollten, hat sie das Replikrecht und damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt.

### **E. 2.5**

Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2, 135 I 187 E. 2.2). Praxisgemäss können Gehörsverletzungen allerdings unter bestimmten Voraussetzungen geheilt werden (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5, je mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Die Beschwerdeführenden werfen ausschliesslich Rechtsfragen auf, welche das Verwaltungsgericht frei prüft (vorne E. 1.1). Die Beschwerdeführenden konnten ihre Rechte im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren zudem umfassend wahrnehmen und sich namentlich auch zu den vor der BVE eingereichten Fassadenplänen äussern (vgl. Beschwerde, Ziff. 7.6; hinten E. 4.2.4). Die Gehörsverletzung wiegt auch nicht derart schwer, dass eine Heilung des Verfahrensmangels ausgeschlossen wäre. Der Gehörsverletzung ist aber im Kostenpunkt Rechnung zu tragen (dazu hinten E. 5.2).

### **E. 2.6**

Weiter bringen die Beschwerdeführenden vor, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, weil die BVE nach Abweisung des Sistierungsantrags vom 28. November 2012 (Zwischenverfügung vom 5.12.2012) die Beschwerdefrist nicht abgewartet, sondern in der Sache geurteilt habe (vorne E. 2.2). Unter dem Gesichtspunkt der Rechtskontrolle ist das Vorgehen der BVE nicht zu beanstanden. Daraus ist den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen. Denn sie hätten die Zwischenverfügung grundsätzlich auch noch mit dem Endentscheid anfechten können (Art. 61 Abs. 4 VRPG; VGE 2013/162 vom 20.9.2013, E. 2). Unter diesen Umständen ist nicht weiter auf die Vorbringen der Beschwerdeführenden betreffend Sistierung des Verfahrens vor der BVE einzugehen.

### **E. 3.1**

Am 11. März 2012 ist mit Annahme der Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» Art. 75b BV in Kraft getreten (vgl. Art. 195 BV i.V.m. Art. 15 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte [BPR; SR 161.1]; BGE 139 II 243 E. 8). Die neue Verfassungsnorm bestimmt, dass der Anteil der Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent beschränkt ist. Das Bundesgericht hat entschieden, dass Art. 75b Abs. 1 BV seit seinem Inkrafttreten anwendbar ist. Zwar bedarf die Bestimmung in weiten Teilen der Ausführung durch ein Bundesgesetz. Unmittelbar anwendbar ist sie jedoch insoweit, als sie (in Verbindung mit

Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV) ein Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in allen Gemeinden anordnet, in denen der 20 %-Zweitwohnungsanteil bereits erreicht oder überschritten ist. Dieses vorläufige Bauverbot kommt im Ergebnis einer Planungszone gleich. Es ist weit auszulegen, um dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen und eine Präjudizierung der künftigen Ausführungsgesetzgebung zu vermeiden (BGE 140 II 378 E. 5, 139 II 243 E. 9 ff.; Bernhard Waldmann, Das Bundesgericht hat gesprochen – erste Leiterteile zur Zweitwohnungsinitiative, in BR 2013 S. 233 ff.). Insofern erfasst es nicht nur Bauten, die erklärermassen als Zweitwohnungen genutzt werden sollen, sondern auch solche, die als Zweitwohnungen genutzt werden könnten (vgl. BGer 1C\_289/2013 vom 28.10.2013, E. 3.2, 1C\_604/2013 vom 8.10.2013, E. 3; vgl. zum Ganzen BVR 2015 S. 15 E. 2 [bestätigt durch BGer 1C\_144/2014 vom 28.10.2014]). – Das RSA hat die Baubewilligung am 21. August 2012 und damit nach Inkrafttreten von Art. 75b BV erteilt. Unbestritten ist auch, dass in der EG Gsteig der Zweitwohnungsanteil mehr als 20 Prozent beträgt (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Anhang Zweitwohnungsverordnung, Gemeinde Nr. 841). Das Bauvorhaben fällt somit in den Anwendungsbereich von Art. 75b BV. Die Beschwerdegegnerin stellt sich jedoch auf den Standpunkt, die neue Verfassungsbestimmung sei auf ihr Vorhaben nicht anwendbar, weil sie auf die Weitergeltung des bisherigen Rechts habe vertrauen dürfen (vgl. Eingabe vom 9.8.2013 [act. 13], Ziff. 1 ff.).

### **E. 3.2**

Zum zeitlichen Anwendungsbereich des Baubewilligungsverbots für Zweitwohnungen ist nach dem Bundesgericht mangels einer abweichenden übergangsrechtlichen Regelung auf die allgemeinen Grundsätze abzustellen. Diesen zufolge ist die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten (einschliesslich Baubewilligungen) grundsätzlich nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen (BGE 139 II 243 E. 11.1 mit Hinweisen). Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV, der bestimmt, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung erteilt werden, nichtig sind, führt zu einer Verschärfung der Rechtsfolge (Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit), enthält jedoch keine Übergangsfrist für die Weiteranwendung des bisherigen Rechts bis zum 31. Dezember 2012 (BGE 139 II 243 E. 11.6). Eine andere Auslegung von Art. 75b BV bzw. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge auch unter den Aspekten von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes nicht geboten, wobei besonderen Situationen des Vertrauensschutzes im

Einzelfall im Baubewilligungsverfahren Rechnung getragen werden kann (BGE 139 II 243 E. 11.7 mit Hinweis auf BGE 139 II 263).

### **E. 3.3**

Nichtig sind nach dem Gesagten nur Bewilligungen, die nach dem 1. Januar 2013 erteilt werden; der Gesamtentscheid vom 21. August 2012 ist folglich – anders als die Beschwerdeführenden meinen (Beschwerde, Ziff. 4 S. 7; Eingabe vom 26.3.2013 [act. 6], Ziff. 6) – nicht nichtig. Das Bundesgericht hat eine besondere Situation des Vertrauensschutzes dann geprüft, wenn zwar die Baubewilligung nach dem 11. März 2012 ergangen ist, das Baugesuch jedoch bereits vor dem Inkrafttreten der neuen Verfassungsnorm eingereicht worden war. In diesem Zusammenhang hat es insbesondere darauf hingewiesen, dass von der Bauherrschaft nicht zu vertretende Verzögerungen bei der

Behandlung des Baugesuchs nicht zu deren Nachteil führen dürfen (BGE 139 II 263 E. 8.2 und 8.4). Eine solche Situation ist vorliegend nicht gegeben: Das auf den 21. Februar 2012 datierte Baugesuch ist am 1. März 2012 bei der Gemeinde eingegangen. Unter diesen Umständen konnte die Bauherrschaft von vornherein nicht mit einem Entscheid noch vor dem Abstimmungstermin (11.3.2012) rechnen. Ebenso wenig kann den Beschwerdeführenden eine Verfahrensverzögerung angelastet werden, haben sie doch erst nach dem Abstimmungs-termin und damit bereits unter Geltung des Zweitwohnungsverbots Einsprache erhoben bzw. erheben können. Ihre Einsprache konnte sich somit nicht auf die Anwendbarkeit von Art. 75b BV auswirken. Im Übrigen wäre ihre Einsprache auch nicht als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen (vgl. Stellungnahme vom 9.8.2013 [act. 13], Ziff. 3; vgl. zur rechtsmissbräuchlichen Rechtsmittelerhebung VGer ZH VB.2013.00059 vom 29.5.2013, E. 3.2 mit Hinweisen).

#### **E. 3.4**

Das Zweitwohnungsverbot erfasst (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen) sämtliche Wohnungen, welche die Nutzung als Zweitwohnung zulassen. Die BVE hat im Licht der später gefällten Leitentscheide des Bundesgerichts das Zweitwohnungsverbot zu Unrecht als nicht anwendbar erklärt. Eine Bewilligung des Vorhabens, welche die Nutzung als Zweitwohnungen zulässt, ist demnach unzulässig. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet. Die Beschwerdegegnerin hat jedoch im Verlauf des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens eventualiter beantragt, die Baubewilligung unter Auflage der Nutzung als Erstwohnungen zu bestätigen bzw. die Angelegenheit an die BVE oder die Baubewilligungsbehörde zur Ergänzung mit dieser Auflage zurückzuweisen, wenn sich herausstellen sollte, dass ihr Bauvorhaben vom Zweitwohnungsverbot erfasst wird (vgl. Stellungnahme vom 23.7.2014 [act. 24], Anträge Ziff. 2-4). Die Beschwerdeführenden machen geltend, darauf sei nicht einzutreten. Das Verwaltungsgericht könne nicht über eine Änderung des Bauvorhabens entscheiden, da die beschwerdeberechtigten Personen und Organisationen in einem Einspracheverfahren angehört werden müssten. Es liege im Übrigen eine Änderung des Bauvorhabens in seinen Grundzügen vor. Die Anweisung des RSA Obersimmental- Saanen, die Nutzungsbeschränkung zu verfügen (Stellungnahme vom 23.7.2014 [act. 24], Antrag Ziff. 4), sei unzulässig, weil diese dessen Beurteilung der Sache einschränken würde (Eingabe vom 20.8.2014 [act. 28]). An der Schlussverhandlung vom 28. November 2014 brachte der Anwalt der Beschwerdeführenden sodann vor, das Bauvorhaben sei so konzipiert, dass nur Zweitwohnungen in Frage kämen.

#### **E. 3.5**

Nach Art. 4 Bst. a der Zweitwohnungsverordnung dürfen in Gemeinden mit einem Anteil von mehr als 20 % Zweitwohnungen Bewilligungen für den Bau von Wohnungen erteilt werden, die als Erstwohnungen genutzt werden. Die Baubewilligungsbehörde legt in der Bewilligung für den Bau einer neuen Wohnung die Pflicht zu deren Nutzung nach Art. 4 Bst. a der Zweitwohnungsverordnung fest und weist das Grundbuchamt an, auf dem Grundbuchblatt des betroffenen Grundstücks die Anmerkung «Erstwohnung» anzubringen (Art. 6 Abs. 1 und 2 der Zweitwohnungsverordnung). Die von der Beschwerdegegnerin beantragte Ergänzung der Baubewilligung ist mit keinen baulichen Änderungen am geplanten Vorhaben verbunden. Da das Baugesuch, in dem die Nutzung nicht festgelegt wurde, sowohl eine gesetzeskonforme als auch eine gesetzwidrige Nutzung zulies, die Auflage der Erstwohnungsnutzung aber die gesetzwidrigen Auswirkungen zu verhindern vermag, ist es mit dieser Nebenbestimmung grundsätzlich bewilligungsfähig (BVR 2012 S.

74 E. 4.3.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 38-39 N. 15 ff.). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden handelt es sich nicht um eine Veränderung des Bauvorhabens in seinen Grundzügen, welche in jedem Fall die Einleitung eines neuen Baubewilligungsverfahrens mit den entsprechenden Einsprachemöglichkeiten erfordern würde: Zwar gehört die Nutzung eines Gebäudes zu dessen Hauptmerkmalen. Vorliegend handelt es sich jedoch um zwei unterschiedliche Wohnnutzungen (Erst- bzw. Zweitwohnungen), die sich nicht derart unterscheiden, dass von einer wesentlichen Veränderung des ursprünglichen Projekts gesprochen werden könnte (vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 12a). Die Bewilligung mit einer Auflage zur Erstwohnungsnutzung ist auch nicht als eine eigentliche Projektänderung im Sinn von Art. 43 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1) anzusehen (zum Ganzen VGE 2014/1 vom 4.4.2014, E. 2.3 [bestätigt durch BGer 1C\_240/2014 vom 24.10.2014, E. 2.5]), welche unter Umständen eine erneute Publikation des Vorhabens bedingen würde (Art. 43 Abs. 2 BewD). Auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht kann die Auflage zur Nutzung als Erstwohnung angeordnet werden (VGE 2012/448 vom 3.4.2014, E. 5.1). Dass die Beschwerdegegnerin rechtsmissbräuchlich an- geben würde, die Wohnungen im Mehrfamilienhaus als Erstwohnungen nutzen zu wollen, hat die Beschwerdeführerin weder substantiiert dargetan noch bestehen dafür Anhaltspunkte, so dass keine weitere Abklärung zur späteren Nutzung als Erstwohnungen vorzunehmen ist (vgl. BGer 1C\_874/2013 vom 4.4.2014, E. 4.5; VGE 2014/68-73 vom 25.8.2014, E. 3.2, 2014/1 vom 4.4.2014, E. 2.3 [bestätigt durch BGer 1C\_240/2014 vom 24.10.2014, E. 2.5], 2013/33 vom 10.11.2014, E. 3.2). Auf Rechtsmissbrauch deuten weder die vom Anwalt der Beschwerdeführenden an der Schlussverhandlung vom 28. November 2014 angeführten ursprünglichen Preisvorstellungen der Beschwerdegegnerin hin, da diese inzwischen hinfällig sind, noch die angebliche Beschränkung des Zufahrtsrechts auf die Zweitwohnungsnutzung, die im entsprechenden Grundbuchbeleg keine Grundlage findet (vgl. Öffentliche Urkunde über eine Handänderung sowie die Errichtung von Dienstbarkeiten und eines Nutzungstransportes vom 23.8.2010, Vorakten RSA, pag. 51 ff., 57). Für die Überprüfung der Einhaltung der Nutzungsbeschränkung ist die Baupolizeibehörde zuständig. Insbesondere hat sie die Einhaltung der Auflage zur Nutzung als Erstwohnungen zu kontrollieren und nötigenfalls die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen bzw. durchzusetzen.

### **E. 3.6**

Soweit die Beschwerdeführenden schliesslich die fehlende Bewilligungsfähigkeit (auch als Zweitwohnung) daraus ableiten, dass die Gemeinde ihre Nutzungsplanung nicht an Art. 75b BV und Art. 8 Abs. 2 RPG in der Fassung vom 17. Dezember 2010 (AS 2011 S. 2913) bzw. Art. 8a Abs. 2 RPG angepasst habe (vgl. Beschwerde, Ziff. 5 und 6; Eingabe vom 26.3.2013 [act. 6], Ziff. 4.6; Eingabe vom 30.9.2013 [act. 15], Ziff. 5; Eingabe vom 28.8.2014 [act. 30]), beziehen sie sich zum einen auf den Baulandbedarf bzw. die Regelung des Erst- bzw. Zweitwohnungsanteils in der Gemeinde, welche nicht Thema des vorliegenden Verfahrens sind (vgl. auch BGer 1C\_134/2014 vom 15.7.2014, E. 6.3; Zwischenverfügung vom 1.9.2014 [act. 31]). Zum andern gilt das bundesrechtliche Zweitwohnungsverbot unabhängig davon, ob die Gemeinde ihrerseits Vorschriften über den Erst- bzw. Zweitwohnungsanteil erlassen und ihren Zonenplan angepasst hat (VGE 2013/22 vom 4.9.2014, E. 3.3). Auch der von den Beschwerdeführenden bei der Gemeinde aufgrund des Zweitwohnungsverbots beantragte Erlass einer Planungszone (vgl. act. 30A und 30B) ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Es ist ihnen zwar zuzustimmen, dass der

Erlass von Planungszonen nicht im Belieben der Behörden liegt, sondern sich im Rahmen des pflichtgemäss auszuübenden Ermessens aufdrängen kann (Alexander Ruch, Kommentar RPG, 2010, Art. 27 N. 26). Sowenig allerdings die Rechtsunterworfenen die Behörden dazu verhalten können, eine Planungszone zu erlassen, sowenig können sie deren Fehlen im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens – gewissermassen akzessorisch – rügen. Ein durchsetzbarer Anspruch auf Erlass einer Planungszone besteht nicht (Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. 27 N. 6; vgl. auch BGer 1P.785/1999 vom 24. Februar 2000 E. 1a; zum Ganzen BGer 1C\_76/2012 vom 6.7.2012, E. 3.6). Ebenso wenig interessiert die hängige Ortsplanungsrevision (Eingabe vom 1.10.2014 [act. 33]), welche das Baugrundstück nicht betrifft (vgl. Art. 36 Abs. 2 BauG; vgl. auch Zwischenverfügung vom 2.10.2014 [act. 34]). Entspricht das Vorhaben der geltenden Zonenordnung der Gemeinde und den übrigen Voraussetzungen (dazu auch hinten E. 4), verstösst dessen Bewilligung als Baute mit Erstwohnungen anders als die Beschwerdeführenden meinen (Eingabe vom 28.8.2014 [act. 30]) weder gegen Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG noch den Gehörsanspruch (vgl. zum Ganzen auch angefochtener Entscheid, E. 5).

### **E. 3.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zweitwohnungsverbot nicht bereits zur (vollständigen) Gutheissung der Beschwerde führt, da das Verwaltungsgericht die Baubewilligung mit einer Auflage zur Nutzung als Erstwohnung ergänzen kann. Zu prüfen bleibt, ob der angefochtene Entscheid hinsichtlich der Einhaltung der von den Beschwerdeführenden als verletzt gerügten baupolizeilichen Vorschriften der Rechtskontrolle standhält (E. 4 hiernach).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Baugesuchsakten enthielten keine Berechnung der Ausnützungsziffer. Es könne deshalb nicht kontrolliert werden, ob diese eingehalten sei. Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Entscheid lasse sich die Ausnützungsziffer auch nicht aufgrund der Akten berechnen (Beschwerde, Ziff. 7.1). – Im Bau- gesuch sind unter anderem die Ausnützungsziffer und die Überbauungsprozente zu bezeichnen, wenn diese in den baurechtlichen Vorschriften beschränkt sind; die Berechnung ist in

nachprüfbarer Form beizulegen (Art. 11 Bst. 1 BewD). Gemäss Art. 46 Abs. 4 des Baureglements der EG Gsteig vom 29. Oktober 2010 (GBR) beträgt die Ausnützungsziffer in der Zone WG3 mindestens 0,4. Es ist unbestritten, dass keine Berechnung der Ausnützungsziffer vorhanden ist. Wie die BVE zutreffend ausführt, lässt sich die Einhaltung von Art. 46 Abs. 4 GBR mit den vorhandenen Akten jedoch ohne weiteres überprüfen (angefochtener Entscheid, E. 7; vgl. Plan Bruttogeschossflächen, Vorakten RSA, pag. 39 und Situationsplan 1:500, Vorakten RSA, Anhang). Es kann offen bleiben, ob eine Berechnung nach Art. 11 Bst. 1 BewD dem Baugesuch ohnehin nur dann beizulegen ist, wenn eine maximale Ausnützung in Frage steht – worauf der Wortlaut («be- schränkt») schliessen lässt und wovon die BVE ausgeht – oder ob dies auch zur Kontrolle einer Mindestausnützung zu erfolgen hat. Denn die Beschwerdeführenden beanstanden erneut bloss das Fehlen der Berechnung, ohne sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und darzulegen, inwieweit Art. 46 Abs. 4 GBR nicht eingehalten sein soll, was denn auch nicht ersichtlich ist. Selbst wenn die BVE zu Unrecht einen Mangel des

Baugesuchs verneint hätte, wäre unter diesen Umständen auf die Aufhebung des Entscheids und die Rückweisung zu verzichten, zumal den Beschwerdeführenden hieraus kein Nachteil erwächst und ausschliesslich durch das Verwaltungsgericht umfassend zu prüfende Rechtsfragen zur Beurteilung stehen. Anders vorzugehen würde unter diesen Umständen einen prozessualen Leerlauf und eine unnötige Verzögerung des Verfahrens bedeuten (vgl. BVR 2012 S. 481 E. 2.5, S. 28 E. 2.3.5; BGE 137 I 195 E. 2.3.2, 133 I 201 E. 2.2; Christoph Bürki, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Diss. Bern 2010, S. 105 und 270 ff.).

#### **E. 4.2.1**

Die Beschwerdeführenden beanstanden sodann die «Umgebungsgestaltung». Die BVE verkenne, dass das Vorhaben erhebliche Auswirkungen auf die Umgebung habe, den Bestimmungen des GBR insoweit nicht entspreche und verschiedene Angaben im Umgebungsgestaltungsplan (Art. 86 Abs. 5 GBR) fehlten. Das sehr grosse Haus werde ihre Aussicht auf die «Kronen der Berge völlig verdecken und sie der Sonnenbestrahlung berauben» (Beschwerde, Ziff. 7.2). Ausserdem verschandle das Vorhaben aufgrund seiner Dimensionen und seiner Lage die «Bergidylle» und die «Wohnlichkeit der Siedlung». Ein kleineres Vorhaben, das zudem ein paar Meter gegen die Strasse verschoben und eine die Siedlung ... respektierende Umgebungsgestaltung aufweisen würde, sei denkbar (Beschwerde, Ziff. 7.10). Sodann berufen sie sich unter dem Titel «Grenzabstände» auf den Grundsatz von Treu und Glauben und machen geltend, das geplante Gebäude könnte verschoben werden, um ihnen «ein bisschen Sicht auf die Berge und Sonnenschein zu gönnen» (Beschwerde, Ziff. 7.5). Auch die Gebäudehöhe sei um 0,5 m zu reduzieren; dies sei aus Rücksicht auf die Nachbarschaft und aufgrund des Verbots des Rechtsmissbrauchs geboten (Beschwerde, Ziff. 7.7; vgl. auch Eingabe vom 26.3.2013 [act. 6], Ziff. 5).

#### **E. 4.2.2**

Bauten und Anlagen dürfen gemäss Art. 9 Abs. 1 BauG Landschaften, Orts- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen. Diese Vorschrift stellt die «ästhetische Generalklausel» im Sinn eines allgemeinen Beeinträchtigungsverbots dar. Eine Beeinträchtigung ist gegeben, wenn ein Bauvorhaben einen Gegensatz zur bestehenden Überbauung schafft, der erheblich stört. Die

Gemeinden sind befugt, eigene Ästhetikvorschriften zu erlassen, die – im Sinn von Spezialnormen – über die kantonalen Vorschriften des allgemeinen Ortsbild- und Landschaftsschutzes hinausgehen können (Art. 9 Abs. 3 und Art. 69 Abs. 2 Bst. c und f BauG; Art. 12 Abs. 4 der Bauverordnung vom 6. März 1985 [BauV; BSG 721.1]; BVR 2011 S. 272, nicht publ. E. 7.1, 2009 S. 328 E. 5.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 9/10 N. 1, 4 und 13). Gestützt auf die Vorschriften des allgemeinen Ortsbild- und Landschaftsschutzes können zwar bestimmte Anforderungen an die Gestaltung von Bauten und Anlagen gestellt werden, Art und Mass der nach der Zonenordnung zulässigen Nutzung dürfen aber grundsätzlich nicht (wesentlich) eingeschränkt werden. Unzulässig sind insbesondere Beschränkungen der erlaubten Gebäudedimensionen, die eine ins Gewicht fallende Mindernutzung zur Folge hätten. Droht hingegen eine Beeinträchtigung von Denkmalschutzobjekten, ist grundsätzlich auch eine Volumen- bzw. Nutzungseinbusse zumutbar (BVR 2006 S. 491 E. 6.3.3; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 9/10 N. 15 und 19, je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2.3**

Erhebliche Auswirkungen auf die Umgebung sehen die Beschwerdeführenden darin, dass ihnen die Aussicht genommen werde. Sie führen jedoch nicht aus, inwieweit die Gestaltung des Vorhabens oder dessen Umgebungsgestaltung den Vorgaben des GBR (Art. 12) nicht entsprechen. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass insoweit ein Problem bestehen könnte (vgl. auch angefochtener Entscheid, E. 8). Weder ist ersichtlich, inwieweit die «Bergidylle» verschandelt würde, noch können die Beschwerdeführenden aus den Planungsgrundsätzen von Art. 3 Abs. 3 Bst. e RPG und Art. 54 Abs. 2 Bst. e BauG etwas zu ihren Gunsten ableiten. Die Planungsgrundsätze sind in erster Linie Anweisungen an die Gemeinwesen darüber, wie sie die Raumordnung und ihre raumwirksamen Tätigkeiten gestalten sollen. Sie gelten namentlich für den Erlass von Vorschriften und Plänen des Bau- und Planungsrechts (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 54 N. 1). Inwieweit diese Feststellung gegen Art. 6 EMRK verstossen soll, wird von den Beschwerdeführenden nicht näher begründet und ist nicht nachvollziehbar (vgl. Eingabe vom 26.3.2013 [act. 6], Ziff. 7). Wie die BVE zudem zutreffend ausgeführt hat, ist aus den Akten hinreichend ersichtlich, wie die Umgebung des Vorhabens gestaltet werden soll (angefochtener Entscheid, E. 8; Umgebungsgestaltungsplan, Vorakten RSA, Anhang; Art. 86 Abs. 5 GBR). Es wäre den Beschwerdeführenden somit ohne weiteres möglich gewesen zu begründen, inwieweit das Vorhaben bzw. dessen Umgebung den Vorgaben von Art. 12 GBR nicht entsprechen soll. Der Entzug von Licht oder Aussicht ist nicht Thema der guten Einordnung einer Baute. Die BVE hat auch zutreffend ausgeführt, dass weder ein besonders geschütztes Ortsbild noch geschützte Gebäude vom Vorhaben betroffen sind (angefochtener Entscheid, E. 8). Weder der Ortsbildschutz noch denkmalschützerische Gründe rechtfertigen eine Beschränkung der zulässigen Gebäudedimensionen.

#### **E. 4.2.4**

Es trifft zu, dass Grenzabstände die Nachbarschaft vor verschiedenen Beeinträchtigungen schützen sollen und auch öffentlichen Interessen wie der guten Gestaltung des Ortsbilds und der Ästhetik dienen (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 8). Diesen Interessen wird jedoch schon beim Erlass der Bestimmungen zu den Grenzabständen Rechnung getragen, welche im Anwendungsfall grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden können (BGE 135 II 209 E. 5.1, 131 II 103 E. 2.4.1, 127 I 103 E. 6b, 123 II 337 E. 3a; BVR 2005 S. 443 E. 5.5, 1993 S. 302 E. 2a). Die Beschwerdeführenden machen nicht mehr geltend, dass das Vorhaben die reglementarischen

Grenzabstände nicht einhalte, was denn auch nicht ersichtlich ist (vgl. auch angefochtener Entscheid, E. 12 und 14). Es verstösst weder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben noch das Rechtsmissbrauchsverbot, wenn die Bauherrschaft die maximal zulässigen Abmessungen ausnützt; sie ist ohne weiteres berechtigt, ihr Vorhaben den vom GBR vorgesehenen baupolizeilichen Massen entsprechend zu erstellen. Die Beschwerdeführenden werfen der Gemeinde im Zusammenhang mit der Firsthöhe vor, «willkürlich und diskriminatorisch» gehandelt zu haben, da die Firsthöhe ab gewachsenem Terrain gemessen wurde, während beim A.\_\_\_\_\_ die angrenzende Strasse als Ausgangspunkt angenommen worden sei (Beschwerde, Ziff. 7.6). Wie die BVE zutreffend ausführt, weist die Gemeinde mit Fassadenplänen nach, dass beim Haus der Beschwerdeführenden dieselben Regeln angewendet worden sind (vgl. Beilagen 2 zur Eingabe der Gemeinde vom 2.11.2013, Vorakten BVE, pag. 63 ff.; angefochtener Entscheid, E. 12). Zwar trifft zu, dass die Beschwerdeführenden im vorinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit hatten, sich dazu zu äussern (vgl. vorne E. 2.1 ff.). Sie setzen

sich aber auch im Verfahren vor Verwaltungsgericht nicht mit den überzeugenden Argumenten der Gemeinde und der BVE auseinander. Unter diesen Umständen ist nicht näher auf die pauschalen Einwände der Beschwerdeführenden einzugehen.

#### **E. 4.2.5**

Art. 22 der Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1) ist auf das vorliegende Vorhaben nicht anwendbar, handelt es sich doch weder um ein Hochhaus noch um ein höheres Haus (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2 BauG; vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 19/20 N. 6 ff.). Die Ausführungen der Beschwerdeführenden zur Anwendbarkeit von Art. 22 BauV sind nicht nachvollziehbar (vgl. Beschwerde, Ziff. 7.8; vgl. auch angefochtener Entscheid, E. 14). Auch sind die Erwägungen des Verwaltungsgerichts betreffend die Berücksichtigung nachbarlicher Interessen im Urteil vom 21. Januar 2002 zur Überbauungsordnung «Hotel I. \_\_\_\_\_» (ÜO Hotel I. \_\_\_\_\_) in Gstaad (BVR 2003 S. 257 E. 9c/bb a.E.) entgegen der vom Anwalt der Beschwerdeführenden in der Schlussverhandlung vom 28. November 2014 geäusserten Auffassung auf das streitbetreffende Bauvorhaben nicht übertragbar. Die ÜO Hotel I. \_\_\_\_\_ hielt sich nicht an die im Baureglement der Gemeinde Saanen für alle Hotels gleich geordneten Grenzabstände und wich insofern vom Konzept der Ortsplanung ab (vgl. Art. 21 Abs. 1 BauV), was für das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin, das sich an die kommunale Zonenordnung hält, nicht zutrifft (vgl. Art. 24 Abs. 1 BauG).

#### **E. 4.3**

Weiter bringen die Beschwerdeführenden vor, die Kamine würden nicht wie vorgeschrieben mindestens 0,5 m über First geführt (Beschwerde, Ziff. 7.3). – In Art. 6 Abs. 2 der Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1) hat der Bundesrat festgelegt, dass Emissionen in der Regel durch Kamine oder Abluftkanäle über dem Dach ausgestossen werden müssen. Die Kantone können diese bundesrechtliche Bestimmung durch Vorschriften über Mindesthöhen von Dachkaminen ergänzen. Der Kanton Bern hat dafür keine eigenen Bestimmungen erlassen. Vielmehr gelten gemäss Art. 16 der Verordnung vom 25. Juni 2008 zur Reinhaltung der Luft (Lufthygieneverordnung, LHV; BSG 823.111) die entsprechenden Empfehlungen des Bundes (Peter M. Keller, Umwelt- und Energierecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2013, S. 593 ff., 601 N. 18 mit Hinweisen). Gemäss Ziff. 32 Abs. 2 Bst. b der von der BVE herangezogenen Empfehlungen über die Mindesthöhe von Kaminen

über Dach des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL; heute Bundesamt für Umwelt [BAFU]) vom 15. Dezember 1989 (Stand: Mai 2001) müssen bei Gasfeuerungen bis 40 kW die Kaminmündungen die Dachflächen im rechten Winkel mindestens um einen Meter überragen. Gleiches sieht die neue Empfehlung des BAFU zur Mindesthöhe von Kaminen über Dach (2013) in Ziff. 3.2 Abs. 2 vor. Gemäss Kaminplan vom 25. Juni 2012 sind Gasfeuerungen mit einer Leistung von 10 kW vorgesehen. Aus den Plänen Ansicht Nord und West sowie Ansicht Süd und Ost vom 21. Februar 2012 (Vorakten RSA, Anhang) ist ersichtlich, dass die Kamine der Gasfeuerungen gemäss Kaminplan die genannten Vorschriften einhalten (vgl. auch Gesamtentscheid vom 21.8.2012, E. 2.2.2 Bst. d; angefochtener Entscheid, E. 9). Die Rüge der Beschwerdeführenden erweist sich demnach als unbegründet.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführenden beanstanden auch die Autoabstellplätze. In diesem Zusammenhang ist auf die überzeugenden Ausführungen der BVE zu verweisen: Sie hat unter Hinweis auf den Gesamtentscheid vom 21. August 2012 dargelegt, dass genügend Parkplätze vorhanden sind. Sodann hat sie erläutert, dass sich die Befürchtung, es komme zu wider- rechtllichem Parkieren auf der Nachbarparzelle, nicht auf die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens auswirkt (angefochtener Entscheid, E. 10). Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden, zumal die Beschwerdeführenden ihr Vorbringen nicht näher begründen.

#### **E. 4.5.1**

Ausserdem gehen die Beschwerdeführenden davon aus, dass das Vorhaben aufgrund seiner Lage in einem Gefahrengebiet gegen Art. 6 Abs. 2 BauG verstosse. Von den Vorgaben des Zonenplans Naturgefahren vom 29. Oktober 2010 der EG Gsteig dürfe nicht abgewichen werden, allenfalls wäre der Plan anzupassen. Weder das von der Bauherrschaft in Auftrag gegebene Gutachten noch der Bericht der kantonalen Fachstelle könnten dies ersetzen (Beschwerde, Ziff. 7.9). – Die BVE hat dazu ausgeführt, gemäss Art. 6 Abs. 6 BauG stehe dem Grundeigentümer der Nachweis offen, dass die Gefährdung des Baugrundstücks und des Zugangs durch sichernde Massnahmen behoben ist. Der von der Bauherrschaft in Auftrag gegebene Bericht der J. \_\_\_\_\_ AG vom 15. Mai 2012 (Vorakten RSA, pag. 103 ff.) zeige schlüssig auf, dass sich die tatsächliche Gefährdungslage auf der Bauparzelle durch die Hochwasserschutzmassnahmen am ...bach verändert und sich die Gefährdung durch Murgang und Überschwemmungen durch den Bau des Geschieberückhalts deutlich verringert habe. Im Fachbericht Naturgefahren (Gewässerprozesse) des Tiefbauamts des Kantons Bern, Oberingenieurkreis I (OIK I) vom 13. Juni 2012 (Vorakten RSA, pag. 87 ff.) werde das Vorhaben ohne Bedingungen und Auflagen zur Bewilligung empfohlen (angefochtener Entscheid, E. 15e).

#### **E. 4.5.2**

Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden: Als Schutz- bzw. Sicherungsmassnahmen fallen unter anderem Massnahmen in Betracht, welche die Naturgefahr beseitigen, wie insbesondere Gewässerverbauungen (zum Ganzen Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 6 N. 9a). Bestehen bei einem Bauvorhaben Bedenken oder Einwände bezüglich der Gefährdung durch Naturgefahren in blauen Gefahrengebieten, so hat die Baubewilligungsbehörde die zuständige kantonale Fachstelle zu konsultieren (Art. 22 Abs. 1 Bst. f BewD). Im Fachbericht des OIK I wird die Beurteilung der Gefahrensituation durch die J. \_\_\_\_\_ AG bestätigt. Es liegt somit sowohl der

Nachweis vor, dass die Gefährdung des Grundstücks behoben bzw. minimiert worden ist, als auch die Beurteilung durch die zuständige kantonale Fachstelle. Das Verwaltungsgericht auferlegt sich eine gewisse Zurückhaltung, soweit für die Beurteilung besondere Sach- oder Fachkenntnisse erforderlich sind, über die es nicht gleichermassen verfügt wie die Verwaltungsbehörden mit ihren Fachleuten und -stellen (BVR 2014 S. 451 E. 1.3, 2013 S. 5 E. 5.6, 2010 S. 411 E. 1.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 80 N. 9). Die allgemein gehaltenen Vorbringen der Beschwerdeführenden vermögen keine Zweifel an der überzeugenden Fachmeinung zu begründen, zumal auch die Gemeinde bestätigt, dass Massnahmen zur Gefahrenabwehr ergriffen worden sind (Stellungnahme vom 2.11.2012, Vorakten BVE, pag. 65).

#### **E. 4.6**

Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass die Rechtsverwahrungen als «Verpflichtungen in die Baubewilligung aufzunehmen» sind (Beschwerde, Ziff. 7.11). – Die Einwände der Beschwerdeführenden («Schäden an Grundstücken, Freihaltung von Besucherparkplätzen und Autoeinstellhalle, Heizung, Staubentwicklung, Verpflichtung zum Erstellen eines Rissprotokolls, Kosten für Reinigungsarbeiten») betreffen – soweit nachvollziehbar – die Einhaltung zivilrechtlicher Vorschriften (vgl. auch angefochtener Entscheid, E. 16a). Im Baubewilligungsverfahren ist in der Regel die Einhaltung zivilrechtlicher Vorschriften und Vereinbarungen nicht zu prüfen. Für deren Durchsetzung sind die Betroffenen auf den zivilrechtlichen Weg verwiesen. Entsprechende Einwände sind im Bauentscheid lediglich als Rechtsverwahrung vorzumerken (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 2 N. 4a, Art. 1a N. 9, Art. 35-35c N. 3 und 5). Das RSA hat die Einwände der Beschwerdeführenden dementsprechend im Gesamtentscheid vom 21. August 2012 aufgeführt (vgl. E. 2.2.2 Bst. m und Ziff. 7). Die Erstellung eines Rissprotokolls der Autoeinstellhalle und des Chalet A. \_\_\_\_\_ hat es als Bedingung aufgenommen (vgl. Ziff. 5.2). Weitergehendes ist im Baubewilligungsverfahren nicht vorgesehen. Wie die BVE sodann zutreffend festhält (angefochtener Entscheid, E. 16b), sind zivilrechtliche Vereinbarungen, wie sie die Beschwerdeführenden betreffend Zufahrt geltend machen, nicht Thema des Baubewilligungsverfahrens. Es ist folglich vorliegend nicht darauf einzugehen.

#### **E. 4.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die baupolizeilichen Rügen der Beschwerdeführenden unbegründet sind und der angefochtene Entscheid insoweit der Rechtskontrolle standhält.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerde ist somit insoweit gutzuheissen, als die Beschwerdeführenden die Nichterteilung der Baubewilligung für Zweitwohnungen beantragen (vorne E. 3.5). Die Erklärung der Beschwerdegegnerschaft im Verlauf des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, die Wohneinheiten des projektierten Hauses als Erstwohnungen nutzen zu wollen, bedeutet zwar ein teilweises Unterziehen unter den gegnerischen Antrag, da das Bauvorhaben ohne einen solchen Nutzungsvorbehalt, der im Grundbuch als Auflage anzumerken ist, nicht bewilligungsfähig wäre (vgl. VGE 2012/448 vom 3.4.2014, E. 5.1). Die Beschwerdeführenden haben jedoch auch gegen die Bewilligung des Vorhabens mit Erstwohnungen opponiert. Insoweit ist die Beschwerde

unbegründet und abzuweisen (vorne E. 4). Die BVE hat den Gesamtentscheid des RSA Obersimmental-Saanen vom 21. August 2012 ohne Auflage «Erstwohnungen» bestätigt. Der angefochtene Entscheid ist folglich mit Ausnahme der Abweisung des Sistierungsgesuchs (Dispositiv Ziff. 1) aufzuheben. Der Gesamtentscheid des RSA ist mit Ausnahme der Abweisung der Einsprache der Beschwerdeführenden das Zweitwohnungsverbot betreffend zu bestätigen und mit der Auflage «Erstwohnungen» zu ergänzen. Das Grundbuchamt Oberland ist anzuweisen, diese im Grundbuch anzumerken (vgl. vorne E. 3.5).

#### **E. 5.2**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegnerin als je zur Hälfte obsiegend bzw. unterliegend. Der Heilung der Gehörsverletzung durch die BVE im vorliegenden Verfahren (vorne E. 2.5) ist insoweit

Rechnung zu tragen, als den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor Verwaltungsgericht trotz hälftigen Obsiegens ein Viertel der Verfahrenskosten aufzuerlegen ist und drei Viertel der Parteikosten zu ersetzen sind (vgl. Art. 108 Abs. 1 VRPG; Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Ein Viertel dieser Parteikosten geht zulasten des Kantons Bern (BVE); ein Viertel der Verfahrenskosten wird nicht erhoben (vgl. BVR 2008 S. 97 E. 4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 13 und N. 16 i.V.m. N. 9; Art. 108 Abs. 2 VRPG). Ihrem Unterliegen entsprechend hat die Beschwerdegegnerin die Hälfte der Verfahrenskosten zu tragen und den Beschwerdeführenden die Hälfte der Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 VRPG; Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Umgekehrt haben die Beschwerdeführenden die Hälfte der Parteikosten der Beschwerdegegnerin zu tragen. Dabei ist zu beachten, dass diese mehrwertsteuerpflichtig ist (vgl. Unternehmens- Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>) und deshalb die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen kann. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist nach neuer Praxis des Verwaltungsgerichts bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (BVR 2014 S. 484 E. 6). Für das Verfahren vor der BVE gelten die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegnerin ebenfalls als je zur Hälfte obsiegend bzw. unterliegend; besondere Umstände sind nicht gegeben. Die Verfahrenskosten sind ihnen dementsprechend je zur Hälfte aufzuerlegen und sie haben sich gegenseitig die Parteikosten je zur Hälfte zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 VRPG; Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für die ihnen auferlegten Kosten (Art. 106 VRPG).

### **E. 5.3**

Gemäss Art. 41 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz zuzüglich allfälliger Zuschläge nach Art. 11 Abs. 2 und Art. 16 PKV. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). – Der Rechtsvertreter der Beschwerde- führenden macht für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 11'800.--

geltend, die Anwaltschaft der Beschwerdegegnerin ein solches von Fr. 11'000.--. Beides erscheint nach den obgenannten Kriterien deutlich überhöht. Zwar ist der gebotene Zeitaufwand als über- durchschnittlich zu werten, da neben einem doppelten Schriftenwechsel eine öffentliche mündliche Schlussverhandlung durchgeführt wurde und zudem mehrere weitere Eingaben zu verfassen waren; allerdings ist zu berücksichtigen, dass beide Rechtsvertretungen aus dem vorinstanzlichen Verfahren bereits über Aktenkenntnis verfügten. Auch wenn sich vor Verwaltungsgericht neue Rechtsfragen stellten, ist die Schwierigkeit des Prozesses als eher unterdurchschnittlich einzu- stufen und die Bedeutung des Verfahrens als durchschnittlich. Insgesamt erscheint für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von je Fr. 8'000.-- als angemessen. Für das Verfahren vor der BVE macht der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden ein Honorar von Fr. 7'000.-- geltend. Dies ist nach den obgenannten Kriterien ebenfalls überhöht, zumal

der Rechtsvertreter für das vorinstanzliche Verfahren mit nur einem Schriftenwechsel und einer weiteren kurzen Eingabe einen Zeitaufwand von 20 Stunden geltend macht, was als durchschnittlich anzusehen ist. Insgesamt erscheint daher ein Honorar von Fr. 5'000.-- als angemessen. Zu keinen Bemerkungen Anlass gibt die Honorarforderung der Anwaltschaft der Beschwerdegegnerin im Verfahren vor der BVE. Gleiches gilt für die geltend gemachten Auslagen beider Rechtsvertretungen vor beiden Beschwerdeinstanzen und die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer auf dem Honorar und den Auslagen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden. Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Ziffern 2-4 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 20. Dezember 2012 werden aufgehoben. Der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Obersimmental-Saanen vom 21. August 2012 wird mit Ausnahme der Abweisung der Einsprache der Beschwerdeführenden soweit das Zweitwohnungsverbot betreffend bestätigt und mit der folgenden Auflage ergänzt: «6.10 Erstwohnungen Die aufgrund dieser Baubewilligung erstellten Wohnungen müssen als Erstwohnungen genutzt werden. ANMERKUNG IM GRUNDBUCH Das Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Frutigen, wird angewiesen, auf dem Grundbuchblatt der Parzelle Gsteig Gbbl. Nr. 1\_\_\_ die Anmerkung ■Erstwohnungen■ anzubringen.» Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 5'000.--, werden zu einem Viertel, ausmachend Fr. 1'250.--, den Beschwerdeführenden und zur Hälfte, ausmachend Fr. 2'500.--, der Beschwerdegegnerin auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.

b) Der Kanton Bern (Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion) hat den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 9'288.-- (inkl. Auslagen und MWSt), zu einem Viertel, ausmachend Fr. 2'322.--, zu ersetzen. c) Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 9'288.-- (inkl. Auslagen und MWSt), zur Hälfte, ausmachend Fr. 4'644.--, zu ersetzen. d) Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 8'378.-- (inkl. Auslagen), zur Hälfte, ausmachend Fr. 4'189.--, zu ersetzen. 3. a) Die Kosten des Verfahrens vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern von Fr. 2'200.-- werden je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 1'100.--, den Beschwerdeführenden und der Beschwerdegegnerin auferlegt. b) Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 5'513.40 (inkl. Auslagen und MWSt), zur Hälfte, ausmachend Fr. 2'756.70, zu ersetzen. c) Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 5'070.-- (inkl. Auslagen), zur Hälfte, ausmachend Fr. 2'535.--, zu ersetzen. 4. Zu eröffnen: - den Beschwerdeführenden - der Beschwerdegegnerin - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern - der Einwohnergemeinde Gsteig - dem Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Frutigen (mit Hinweis auf die im Grundbuch vorzunehmende Anmerkung gemäss Ziffer 1 des Dispositivs dieses Urteils) - dem Bundesamt für Raumentwicklung und mitzuteilen: - dem Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen Der Abteilungspräsident: Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung 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 Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

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