

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 208 vom 11. Juni 2015

BE Verwaltungsgericht, 2015-06-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2015_208

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 208 du 11 juin 2015

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2015 208 del 11 giugno 2015

Regeste

Änderung Baureglement - Erstwohnungsanteil in der Landwirtschaftszone (Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 11. Juni 2015 - 32.14-11.71) | Nutzungspläne

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

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 61a Abs. 2 Bst. a des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Nach zutreffender Auffassung der JGK ändert am Rechtsschutzinteresse nichts, dass der Beschwerdeführer gegen die von der Gemeindeversammlung geänderte und vom Gemeinderat daraufhin nochmals öffentlich aufgelegte Vorlage 3 nicht erneut Einsprache erhoben hat (vorne Bst. A; angefochtener Entscheid E. 2.2): Die ursprüngliche Einsprache gegen ein Baugesuch gilt im Fall einer Pro-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 4 jektänderung oder -ergänzung weiter, soweit sie hierdurch nicht gegenstandslos geworden ist (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I/II, 4./3. Aufl. 2013/2010, Art. 35-35c N. 14). Entsprechendes gilt aufgrund des sinngemässen Verweises in Art. 60 Abs. 2 BauG auf Art. 35 Abs. 2 BauG im Planungsverfahren bei einer nachträglichen Änderung der Planungsvorlage (vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 60 N. 3). Die Gemeindeversammlung vom 3. Dezember 2010 verringerte den ursprünglich vorgesehenen Erstwohnungsanteil bei Einfamilienhäusern in der Landwirtschaftszone und im übrigen Gemeindegebiet von 100 auf 30 Prozent (vorne Bst. A). Hierdurch ist die Einsprache des Beschwerdeführers, die sich gegen jegliche Erstwohnungsanteile in der Landwirtschaftszone richtet, nicht gegenstandslos geworden. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten.

E. 1.3

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG). Da eine Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, urteilt es in

Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

E. 2

In der Landwirtschaftszone und im übrigen Gemeindegebiet gelten folgende minimalen Erstwohnungsanteile - grundsätzlich 30 Prozent und - ebenfalls 30 Prozent bei Einfamilienhäusern, für die das Baugesuch (Neubau) nach dem 1. Januar 2011 eingereicht worden ist, für andere Einfamilienhäuser gilt Art. 48 Abs. 2 sinngemäss. Im Übrigen gelten Art. 46, 48 und 48a ff. sinngemäss.

E. 2.1

Umstritten ist der von der Gemeinde in der Landwirtschaftszone (und im übrigen Gemeindegebiet) vorgesehene Anteil an Erstwohnungen. Er wird in Art. 60 Abs. 2 GBR geregelt, der wie folgt lautet: Art. 60 Landwirtschaftszone und übriges Gemeindegebiet 1 [...]

E. 2.2

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht erlaube es den Gemeinden, in der Landwirtschaftszone Vorschriften über einen Erstwohnungsanteil zu erlassen (Beschwerde S. 5 ff.). Weiter macht er geltend, Art. 60 Abs. 2 GBR verletze die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit. Zudem verstosse die Vorschrift gegen das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot (Beschwerde S. 9 ff.). 3. Zu prüfen ist zunächst, ob die Gemeinden sachlich zuständig sind, Erstwohnungsanteile in der Landwirtschaftszone vorzusehen.

E. 3

Bei Gebäuden mit gemischter Nutzung ist die Bruttowohnfläche nach Ziffer 2 SIA-Norm 416 abzüglich der Verkehrsfläche nach Ziffer 2.1.2 SIA-Norm 416 des Wohnteils massgebend. Bauten des Gastgewerbes mit hotelmässig bewirtschafteten Wohneinheiten fallen nicht unter diese Bestimmung.

E. 3.1

Vorschriften zum Erstwohnungsanteil schränken die zulässige Art der Nutzung von Wohnraum ein (vgl. Aemisegger/Kissling, in Kommentar RPG, 2016, Art. 15 N. 19). Gebäude in einem Gebiet mit Erstwohnungsanteil, die diesen nicht einhalten, sind insoweit zonenwidrig (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700]; vgl. auch Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 24; Ludwig/Stalder, Öffentliches Baurecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 473 ff., 482 f. N. 23 f.; ferner BVR 2015 S. 27 E. 5.4). Während es in den Bauzonen in erster Linie Sache der Kantone und – nach Massgabe des kantonalen Rechts – der Gemeinden ist, die verschiedenen Nutzungsarten zu umschreiben (Aemisegger/Kissling, a.a.O., Art. 15 N. 17; Alexander Ruch, in Kommentar RPG, 1999 [nachfolgend: Kommentar RPG], Art. 22 N. 70; Ludwig/Stalder, a.a.O., S. 483 N. 25), sind die Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone sowie die zulässigen Ausnahmen bundesrechtlich geregelt (vgl. Art. 16a ff. sowie Art. 24 ff. und Art. 37a RPG; BGE 139 II 271 E. 10.1, 128 I 254 E. 3.8.4; Waldmann/Hänni, Hand- Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 7 kommentar RPG, 2006, Art. 22 N. 47, Vorbemerkungen Art. 24 ff. N. 1 und 6; Beat

Stalder, Raumplanungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 373 ff., 400 N. 60; Ludwig/Stalder, a.a.O., S. 484 N. 28). Zwar ermächtigt Art. 27a RPG die Kantone, zu einzelnen bundesrechtlichen Bestimmungen einschränkende Vorschriften zu erlassen. Von dieser Befugnis hat der Kanton Bern aber keinen Gebrauch gemacht (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 81-83 N. 2; Ludwig/Stalder, a.a.O., S. 484 N. 28 und S. 505 f. N. 101). Da Einschränkungen gemäss Art. 27a RPG nach dem ausdrücklichen Willen des Bundesgesetzgebers dem kantonalen Gesetzgeber vorbehalten sind, ist es den Gemeinden verwehrt, im Rahmen ihrer allgemeinen Zuständigkeit zur Nutzungsplanung die baulichen Nutzungsmöglichkeiten im Nichtbaugebiet eigenständig zu regeln (eingehend dazu Christoph Jäger, in Kommentar RPG, 2009, Art. 27a N. 1 und 18 mit Hinweisen auf die Materialien; a.M. Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl. 2016, S. 232). Nach dem Gesagten besteht für bernische Gemeinden auf der Grundlage des RPG kein Raum, in der Landwirtschaftszone Erstwohnungsanteilsvorschriften zu erlassen.

E. 3.2

Mit der Annahme der Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» ist am 11. März 2012 Art. 75b der Bundesverfassung (BV; SR 101) in Kraft getreten (AS 2012 S. 3627). Danach ist der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent beschränkt (Abs. 1). Die Bestimmung enthält in Verbindung mit der Übergangsbestimmung von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV zum einen ein unmittelbar anwendbares (vorsorgliches) Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in Gemeinden, in denen der 20-Prozent-Anteil erreicht oder überschritten ist (BGE 139 II 243 E. 9.1; BVR 2015 S. 15 E. 2). Zum anderen ist mit Annahme des Verfassungsartikels eine umfassende Kompetenz des Bundes zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus begründet worden (BGE 139 II 271 E. 11.1; Jonas Alig, Das Zweitwohnungsgesetz, in ZBl 2016 S. 227 ff. [nachfolgend: Zweitwohnungsgesetz ZBl], 229; Alig/Griffel, in Basler Kommentar, 2015, Art. 75b BV N. 8; Alexander Ruch, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: St. Galler Kommentar BV], Art. 75b N. 24).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 8

E. 3.3

Im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens ist für Gemeinden, in denen der Anteil von Zweitwohnungen am gesamten Bestand der Wohnungen mehr als 20 Prozent beträgt, die Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen in Kraft getreten (AS 2012 S. 4583), befristet vom 1. Januar 2013 bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 75b BV (Art. 1 Abs. 1 und Art. 9 der Verordnung). Auf den 1. Januar 2016 und damit während Hängigkeit des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat der Bund die Ausführungsgesetzgebung in Kraft gesetzt, d.h. das Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702) und die Zweitwohnungsverordnung vom 4. Dezember 2015 (ZWV; SR 702.1). Der Beurteilung der strittigen Kompetenzfrage ist das seit Anfang des letzten Jahres geltende Recht zugrunde zu legen; der Beschwerdeführer hat in seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch auf diese Rechtsgrundlagen Bezug genommen. Von keiner Seite in Frage gestellt wird, dass der Zweitwohnungsanteil in der EG Grindelwald mehr als 20 Prozent beträgt (vgl. Art.

11 i.V.m. Anhang ZWV).

E. 3.4

Die rechtlichen Grundlagen für Kantone und Gemeinden, um im Bereich der Zweitwohnungen tätig zu werden, finden sich in Art. 3 und Art. 12 ZWG: Art. 3 Aufgaben und Kompetenzen der Kantone 1 Die Kantone legen bei Bedarf im Richtplan Massnahmen zur Förderung einer besseren Auslastung der Zweitwohnungen sowie zur Förderung von Hotellerie und preisgünstigen Erstwohnungen fest. 2 Sie können Vorschriften erlassen, die die Erstellung und Nutzung von Wohnungen stärker einschränken als dieses Gesetz. Art. 12 Missbrauch und unerwünschte Entwicklungen 1 Die Kantone und Gemeinden ergreifen bei Bedarf die Massnahmen, die nötig sind, um Missbräuche und unerwünschte Entwicklungen zu verhindern, die sich aufgrund einer unbeschränkten Nutzung altrechtlicher Wohnungen zu Zweitwohnzwecken ergeben können. 2 Zu diesem Zweck können die Kantone die Umnutzung von bisher zu Erstwohnzwecken genutzten Wohnungen zu Zweitwohnzwecken sowie die Änderungsmöglichkeiten nach Artikel 11 Absätze 2-4 stärker einschränken als dieses Gesetz. Soweit diese nutzungsmässigen und baulichen Änderungen nicht der Baubewilligungspflicht unterstehen, können die Kantone sie ihr unterstellen. Sowohl Art. 3 Abs. 2 als auch Art. 12 Abs. 2 ZWG ermächtigen die Kantone, den Zweitwohnungsbau stärker als im Bundesgesetz vorgesehen zu

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 9 beschränken, etwa mit raumplanerischen oder baurechtlichen Massnahmen. Die gleiche Befugnis steht den Gemeinden zu, allerdings nicht direkt von Bundesrechts wegen, sondern nach Massgabe des kantonalen Rechts (vgl. Botschaft des Bundesrats zum ZWG, in BBl 2014 S. 2287 ff. [nachfolgend: Botschaft ZWG], 2300 und 2310; Jonas Alig, Zweitwohnungsgesetz ZBl, S. 245 und 249). Im Vergleich mit dem Bundesrecht stärker einschränken können die Gemeinden den Zweitwohnungsbau unter anderem mit Erstwohnungsanteilen, dies jedenfalls in den Bauzonen (vgl. BVR 2015 S. 175 E. 4; ferner BGE 140 I 176 E. 7.2 zur kommunalen Kompetenz für die Einführung einer Zweitwohnungssteuer, beide Urteile allerdings zur Rechtslage vor Inkrafttreten des ZWG). Ob ihnen diese Kompetenz auch in der Landwirtschaftszone zukommt, regelt das ZWG nicht ausdrücklich. Die Frage ist durch Auslegung des Bundesgesetzes, insbesondere von Art. 3 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 ZWG zu beantworten (allgemein zur Methode der Auslegung statt vieler BVR 2016 S. 167 E. 3.1 mit Hinweisen).

E. 3.5

Das ZWG unterscheidet nur punktuell zwischen Zweitwohnungen innerhalb und solchen ausserhalb der Bauzonen. Nach Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 ZWG beurteilt sich die Zulässigkeit von neuen Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen, mithin Zweitwohnungen (vgl. zur Terminologie hinten E. 5.2.1), in geschützten Bauten ausserhalb der Bauzonen nach den Bestimmungen der Raumplanungsgesetzgebung. Weiter dürfen Wohnungen ausserhalb der Bauzonen, die am 11. März 2012 rechtmässig bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren (Art. 10 ZWG), nach Art. 11 Abs. 3 ZWG im Rahmen der Vorschriften über das Bauen ausserhalb der Bauzonen erweitert werden. Ein umfassender Verweis auf das RPG für den Zweitwohnungsbau ausserhalb der Bauzonen ist dem ZWG aber nicht zu entnehmen. Vielmehr erklärt Art. 1 ZWG das Gesetz ohne Einschränkung auf bestimmte Zonen «in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent» für anwendbar. Aus grammatikalischer und systematischer Sicht ist

deshalb davon auszugehen, dass das ZWG – wie im Übrigen auch die Verfassungsbestimmung von Art. 75b Abs. 1 BV (vgl. BGE 139 II 271 E. 11.3; Alig/Griffel, a.a.O., Art. 75b BV N. 31; Jonas Alig, Zweitwohnungsgesetz ZBl, S. 243) – auf dem gesamten Gemeindegebiet und somit auch ausserhalb der Bauzonen gilt.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 10

E. 3.6

Die Frage nach der Anwendbarkeit des ZWG ausserhalb der Bauzonen bildete Thema in den Debatten der Bundesversammlung sowie der vorberatenden Kommissionen:

E. 3.6.1

Sowohl im erstbehandelnden Ständerat als auch im Nationalrat wurden zu Art. 1 des bundesrätlichen Entwurfs des ZWG (nachfolgend: E-ZWG; BBl 2014 S. 2325) Änderungsanträge gestellt, wonach das ZWG die Zulässigkeit des Zweitwohnungsbaus «innerhalb der Bauzone in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent» regeln soll (AB S 2014 S. 932, Antrag Abate zu Art. 1 E-ZWG; AB N 2015 S. 52, Antrag Candinas zu Art. 1 E-ZWG). Begründet wurden die Anträge unter anderem damit, dass der Bau und die Umnutzung von Wohnbauten einschliesslich Renovationen ausserhalb der Bauzonen im Raumplanungsrecht bereits heute «streng und ausführlich» bzw. restriktiv geregelt seien (AB S 2014 S. 932, Votum Abate; AB N 2015 S. 52, schriftliche Begründung des Antrags Candinas). Dem wurde entgegengehalten, dass eine Einschränkung des Geltungsbereichs auf die Bauzone mit Art. 75b BV nicht vereinbar wäre. Auch bestünde bei einer Ausklammerung des Nichtbaugebiets von der Zweitwohnungsgesetzgebung die Gefahr, dass dort die Nachfrage nach bestehenden Wohngebäuden zwecks Umnutzung zu Zweitwohnungen deutlich zunehme. Dadurch könne es zu einem Verlagerungseffekt und zu einer Akzentuierung der negativen Auswirkungen des Zweitwohnungsbaus auf die Landschaft kommen (AB S 2014 S. 932 f., Voten Kommissionssprecher Bischofberger und Bundesrätin Leuthard; AB N 2015 S. 49 f., Votum Bundesrätin Leuthard). In der Folge lehnten die Räte die Änderungsanträge Abate und Candinas ab (AB S 2014 S. 933; AB N 2015 S. 52).

E. 3.6.2

Nochmals eingehend diskutiert wurde der Geltungsbereich des ZWG ausserhalb der Bauzonen in den Beratungen zu Art. 10 E-ZWG («Neue Wohnungen in geschützten Bauten» [BBl 2014 S. 2329 f.]; heute: Art. 9 ZWG). Art. 10 Abs. 3 E-ZWG sah vor, dass neue nicht touristisch bewirtschaftete Zweitwohnungen in Bauten nach Art. 24d Abs. 2 RPG bzw. in aufgrund von Art. 24 RPG als landschaftsprägend geschützten Bauten bewilligt werden, soweit dies nach den Bestimmungen der Raumplanungsgesetzgebung zulässig ist. Während die Mehrheit der vorberatenden Kom-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 11 mission für Umwelt, Raumplanung und Energie (UREK) des Ständerats dem bundesrätlichen Entwurf zustimmte, beantragte die Kommissionsminorität, dass sich die Nutzung ausserhalb der Bauzonen abschliessend nach den Bestimmungen der Raumplanungsgesetzgebung richten soll (AB S 2014 S. 943, Antrag der Minderheit zu Art. 10 Abs. 3 E-ZWG). Der Änderungsantrag hatte zum Ziel, die Zweitwohnungsproblematik ausserhalb der Bauzonen insgesamt und ausschliesslich dem RPG zu überlassen (AB S

2014 S. 946, Voten Schmid). Dem wurde entgegengehalten, dass Art. 10 E-ZWG nicht für alle Bauten ausserhalb der Bauzonen gelte, sondern nur für neue Wohnungen in geschützten Bauten (AB S 2014 S. 946, Votum Kommissionssprecher Bischofberger). Als Spezialgesetz regle das ZWG gegenüber dem RPG die Zweitwohnungsproblematik zudem umfassend (AB S 2014 S. 946, Votum Bundesrätin Leuthard). In der Folge wurde der Antrag der Minderheit abgelehnt (AB S 2014 S. 947; vgl. zum Ganzen auch Jonas Alig, Das Zweitwohnungsgesetz, in Jusletter vom 1.12.2014 S. 14 f.). Der heute geltende Art. 9 Abs. 2 ZWG, der für neue Zweitwohnungen in geschützten Bauten ausserhalb der Bauzonen auf die Raumplanungs- gesetzgebung verweist, geht auf einen Mehrheitsantrag der UREK des Nationalrats zu Art. 10 Abs. 3 E-ZWG zurück (AB N 2015 S. 63). Im Unterschied zum Antrag der Minderheit der UREK des Ständerats gilt der Verweis jedoch lediglich für geschützte Bauten und nicht für Zweitwohnun- gen ausserhalb der Bauzonen im Allgemeinen (vgl. AB N 2015 S. 58, Vo- tum Germanier; ferner auch Jonas Alig, Zweitwohnungsgesetz ZBl, S. 243).

E. 3.6.3

Die aus den Protokollen der vorberatenden UREK des Stände- und des Nationalrats gewonnenen Erkenntnisse zur Anwendbarkeit des ZWG ausserhalb der Bauzonen decken sich im Wesentlichen mit denjenigen aus den Ratsprotokollen. So waren sich die Mitglieder beider Kommissionen darin einig, dass sich der Verweis im heutigen Art. 9 Abs. 2 ZWG auf das RPG lediglich auf geschützte Bauten nach Art. 24d Abs. 2 RPG sowie auf landschaftsprägende Bauten im Sinn von Art. 24 RPG i.V.m. Art. 39 Abs. 2-

E. 3.6.4

Aus dem bislang Dargelegten geht hervor, dass im Gesetzgebungs- verfahren zum ZWG zwar verschiedentlich versucht wurde, den Anwen- dungsbereich des neuen Bundesgesetzes auf die Bauzone zu beschränken und den Zweitwohnungsbau in der Nichtbauzone davon auszunehmen. Beide Räte lehnten die dahin gehenden Anträge indes ab. Dabei dürfte der Gesetzgeber aufgrund der entsprechenden Voten vor Augen gehabt ha- ben, dass eine Beschränkung des Bundesgesetzes auf die Bauzonen die Zweitwohnungsproblematik im Nichtbaugebiet verschärfen könnte (vgl. vorne E. 3.6.1). Die Entstehungsgeschichte zeigt somit ebenfalls auf, dass das ZWG auch ausserhalb der Bauzonen Anwendung findet.

E. 3.7

Zusammenfassend ist – insbesondere mit Blick auf die Materialien – davon auszugehen, dass das ZWG den Zweitwohnungsbau umfassend und damit auch ausserhalb der Bauzonen regelt. Vor diesem Hintergrund bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit der Kantone und Gemeinden, den Zweitwohnungsbau stärker als das ZWG einzuschränken, nur im Baugebiet zulassen wollte. Den Kantonen ist es somit auch im Nichtbaugebiet und insbesondere in der Landwirtschaftszone erlaubt, auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 ZWG für den Zweitwohnungsbau Vorschriften zu erlassen, die weiter gehen als die bundesrechtlichen Vorgaben. Im Bereich des Zweitwohnungsbaus überlagern die spezialgesetzlichen Kompetenznormen des ZWG die raumplanungsrechtliche Ermächtigungsklausel für einschrän- kende Bestimmungen der Kantone zum Bauen ausserhalb der Bauzonen. Anders als nach Art. 27a RPG kann das kantonale Recht die Zuständigkeit zum Erlass einschränkender Regelungen auch an die Gemeinden übertra- gen.

E. 3.8

Die Ortsplanung ist im Kanton Bern Aufgabe der Gemeinden (Art. 55 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 Bst. b BauG). Sie sind dabei im Rahmen der Gesetzgebung und der übergeordneten Planung frei (Art. 109 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1] und Art. 65 Abs. 1 BauG; BVR 2001 S. 563 E. 2b; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 65 N. 2, Art. 69 N. 3). Die ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass kommunaler Erstwohnungs- anteile oder gleichwertiger Regelungen in Art. 73 Abs. 1 BauG beschränkt sich zwar auf Wohnzonen und damit auf die Bauzone; das ergibt sich nicht

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 13 nur aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm, sondern auch aus der Gesetzessystematik, regelt Art. 73 BauG doch «besondere Fälle» im Rahmen von Art. 72 ff. BauG zur Bauzone. Das bedeutet aber nicht, dass die Gemeinden ausserhalb der Bauzonen gestützt auf ihre allgemeine Planungs- kompetenz keinen Mindestanteil an Erstwohnungen vorsehen dürfen (so auch Müller/Feller, Erstwohnungsanteile in Tourismusgemeinden, in BVR 2007 S. 481 ff., 488; vgl. auch Katalin Hunyady, Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben im Bereich Zweitwohnungen im Kanton Bern, in KPG-Bulletin 2013 S. 78 ff., 78). Mit der Teilrevision des BauG vom 9. Juni 2016 ist anstelle des bisherigen Art. 73 Abs. 1 BauG denn auch ein neuer Art. 71a vorgesehen («Steuerung des Zweitwohnungsbestands»), dessen Abs. 2 die Gemeinden ermächtigt, Erstwohnungsanteile festzulegen (Bst. a; vgl. Tagblatt des Grossen Rates 2016, Beilage 14, S. 19, in Kraft ab 1.4.2017). Die im geltenden Recht enthaltene Beschränkung auf Wohn- zonen fällt mit der neuen Bestimmung dahin, womit lediglich klargestellt werden soll, dass die Gemeinden entsprechende Massnahmen nicht nur innerhalb, sondern auch ausserhalb der Bauzonen treffen können (Vortrag des Regierungsrats zur Änderung des BauG und BewD, in Tagblatt des Grossen Rates 2016, Beilage 8, S. 21 f.).

E. 3.9

Gestützt auf das ZWG und Art. 55 Abs. 1 BauG sind die Gemeinden somit zuständig, in der Landwirtschaftszone Vorschriften über den Erst- wohnungsanteil zu erlassen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers darf die EG Grindelwald demzufolge entsprechende Bestimmungen im GBR vorsehen. 4. Die Verfahrensbeteiligten sind sich weiter uneinig, ob die kommunalen Erstwohnungsanteilsvorschriften in der Landwirtschaftszone (und im übrigen Gemeindegebiet) vor der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfrei- heit standhalten.

E. 4

Im Baubewilligungsverfahren werden sämtliche Wohnungen mit dem Verbot, die Wohnung anders als als Erstwohnung zu nutzen, belegt. Das Zweckentfremdungsverbot ist im Grundbuch anzumerken. Der Bauverwalter stimmt auf Gesuch hin der Löschung des Zweckentfrem- dungsverbots so lange zu, als dass der Erstwohnungsanteil gemäss Art. 46 Abs. 1 erfüllt bleibt.

E. 4.1

Vorschriften über den Erstwohnungsanteil schränken die Eigen- tumsgarantie gemäss Art. 26 BV und Art. 24 KV ein (vgl. BGer 1.9.1995, in

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 14 Pra 85/1996 Nr. 164 E. 3a). Eingriffe in Freiheitsrechte sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig

sind und den Kerngehalt des betreffenden Grundrechts nicht verletzen (Art. 36 BV und Art. 28 KV). Nicht zur Diskussion steht hier eine Verletzung des Kerngehalts.

E. 4.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht eine (vorwiegend) raumplanerisch bedingte Massnahme, die zu einer Einschränkung der gewerblichen Betätigungsmöglichkeit führt, nicht im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit, es sei denn, es würde unter dem Deckmantel der Raumplanung ein Eingriff in den wirtschaftlichen Wettbewerb bezweckt oder das Grundrecht würde durch die in Frage stehende Massnahme ihres Gehalts entleert (BGE 142 I 162 E. 3.3; BGer 1P.771/2001 und 1P.773/2001 vom 5.5.2003, in ZBl 2004 S. 111 E. 6.2, je mit weiteren Hinweisen). Inwiefern die umstrittenen kommunalen Regelungen derartige Auswirkungen haben sollen, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Der Wirtschaftsfreiheit kommt unter diesen Umständen neben der Eigentums- garantie keine selbständige Bedeutung zu.

E. 4.3

Es ist unstrittig, dass mit dem GBR eine hinreichende formelle gesetzliche Grundlage für die Eigentumsbeschränkung gegeben ist (vgl. all- gemein Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 61 N. 10). Mit Blick auf das vom Ge- setzmässigkeitsprinzip ebenfalls geforderte Bestimmtheitsgebot, wonach die gesetzliche Grundlage hinreichend klar und eindeutig zu sein hat (vgl. etwa BGE 139 I 280 E. 5.1, 134 I 179 E. 6.3 betreffend Verweisungen), erscheint die kommunale Regelung nicht unproblematisch (vgl. auch Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 8.5.2014, Vorakten JGK pag. 104 f.). Das gilt namentlich für die Verweisungen in Art. 60 Abs. 2 GBR auf die allgemeinen Vorschriften zum Erstwohnungsanteil. Geradezu unverständlich und daher kaum anwendbar sind die Vorschriften der Ge- meinde indes nicht; sie vermögen den Anforderungen des Bestimmtheits- gebots noch zu genügen.

E. 4.4

An der Beschränkung des Zweitwohnungsbaus und der Förderung von erschwinglichem Wohnraum für die ortsansässige Bevölkerung in Tou- rismusgebieten besteht seit jeher ein anerkanntes öffentliches Interesse (vgl. bereits BGE 117 Ia 141 E. 2b f., 112 Ia 65 E. 3b; BVR 1989 S. 254

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 15 E. 2a). Mit der Verankerung des Bewilligungsverbots für Zweitwohnungen auf Verfassungsstufe und dem Inkrafttreten der Zweitwohnungsgesetz- gebung des Bundes ist dieses Interesse bekräftigt worden (vgl. vorne E. 3.2 ff.). Dabei macht die Entstehungsgeschichte der bundesrechtlichen Regelungen deutlich, dass sich die Zweitwohnungsproblematik gerade auch aufgrund des in der Bauzone geltenden Zweitwohnungsverbots künf- tig in die Landwirtschaftszone verlagern könnte, weshalb dort Handlungs- bedarf besteht (vgl. auch Patrick Schoeck, Maiensässe und Rustici: Um- nutzungen und ihr Einfluss auf die Landschaftsqualität, in forum raument- wicklung, Informationsheft 2/2014, S. 28 ff., sowie Zweitwohnungen, Pla- nungshilfe für die kantonale Richtplanung, Fallbeispiele, hrsg. vom Bundesamt für Raumentwicklung [ARE], 2010 [einsehbar unter: <www.aren.admin.ch>, Rubriken «Raumentwicklung & Raumplanung/Raum- planungsrecht/Zweitwohnungen»), S. 17, Stichwort «Erfahrungen»). Die Notwendigkeit, in diesem Bereich Massnahmen zu ergreifen, ergibt sich für die EG Grindelwald zudem aus dem kantonalen Richtplan, wo sie als Gemeinde mit erhöhtem

planerischem Handlungsbedarf aufgeführt ist (Massnahme D_06 «Zweitwohnungen steuern» des kantonalen Richtplans 2030 [einschbar unter: <<http://www.jgk.be.ch>>, Rubriken «Raumplanung/Kantonaler Richtplan»; vgl. auch BVR 2015 S. 175 E. 4.3).

E. 4.5

Die Gemeinde begründet die umstrittenen planerischen Massnahmen damit, dass die Alpwirtschaft heute kaum noch auf Gebäude in der Landwirtschaftszone angewiesen sei, weshalb diese in den letzten Jahren vermehrt zu Zweitwohnungen umgebaut worden seien, was aufgrund der in Art. 24 ff. RPG vorgesehenen Ausnahmemöglichkeiten vergleichsweise einfach möglich sei. Mit dem Erstwohnungsanteil in der Landwirtschaftszone wolle sie solche Umbauten unterbinden oder zumindest sicherstellen, dass im Fall eines Umbaus auch Wohnraum für Ortsansässige entstehe (vgl. zum Ganzen Beschwerdeantwort Ziff. II/B/3.3; Stellungnahme vom 20.1.2014, Vorakten JGK pag. 93 f.; Stellungnahme vom 13.7.2011 S. 8, Vorakten AGR 4C). Anders als der Beschwerdeführer ausführt (Beschwerde S. 10 f.), zeigt die Gemeinde damit, worin das (konkrete) öffentliche Interesse an den planerischen Massnahmen in der Landwirtschaftszone liegt, sind doch auf ihrem Gebiet wegen der traditionellen Landwirtschaft überdurchschnittlich viele Gebäude ausserhalb der Bauzonen vorzu-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 16 finden. Der Vorinstanz kann deshalb auch nicht vorgeworfen werden, den Sachverhalt ungenügend bzw. willkürlich festgestellt zu haben.

E. 5

Zu prüfen bleibt, ob der mit dem Erstwohnungsanteil verbundene Eigentumseingriff verhältnismässig ist.

E. 5.1

Eine staatliche Massnahme ist dann verhältnismässig, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist und das verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln steht. Kann das angestrebte Ziel mit mehreren Massnahmen erreicht werden, hat die Behörde diejenige anzuwenden, welche die Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt (BGE 135 I 176 E. 3.3 [Pra 98/2009 Nr. 117]). Diese Grundsätze gelten nicht nur im Zusammenhang mit Eingriffen in das Eigentum (vgl. dazu statt vieler BGE 140 I 176 E. 9.3; BVR 2016 S. 402 E. 7.1, je mit Hinweisen), sondern sind Teil des allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzips als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV; BVR 2017 S. 25 E. 7.2; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 21 N. 2 und 6). Im vorliegenden Fall fragt sich insbesondere, welche Bedeutung den kommunalen Vorschriften zum Erstwohnungsanteil neben der bundesrechtlichen Zweitwohnungs- und Raumplanungsgesetzgebung zukommt. Zur Diskussion steht damit in erster Linie die Eignung bzw. Erforderlichkeit der umstrittenen Regelung, die darauf abzielt, den Zweitwohnungsbau stärker einzuschränken als das Bundesrecht.

E. 5.2

Um den Anwendungsbereich des Bundesrechts und des kommunalen Rechts im Bereich des Zweitwohnungsbaus in der Landwirtschaftszone näher zu bestimmen, ist zunächst auf das Regelungskonzept und die Begrifflichkeiten der einschlägigen Erlasse einzugehen.

E. 5.2.1

Das ZWG regelt die Zulässigkeit des Baus neuer Wohnungen sowie der baulichen und nutzungsmässigen Änderung bestehender Wohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent (Art. 1 ZWG). Es gilt wie dargelegt auch in der Landwirtschaftszone (vorne E. 3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 17 Neu sind sämtliche Wohnungen, die nach dem 11. März 2012, dem Datum der Annahme der Zweitwohnungsinitiative, rechtskräftig bewilligt wurden. Bestehend bzw. – in der Terminologie des ZWG – altrechtlich ist eine Wohnung dann, wenn sie vorher rechtmässig bestand oder rechtskräftig bewilligt war (Art. 10 ZWG; Botschaft ZWG S. 2309). Gemäss Art. 2 ZWG kennt das Gesetz, ausgehend von einer allgemeinen Wohnungsdefinition (Abs. 1), drei Nutzungskategorien von Wohnungen: Erstwohnungen (Abs. 2), Wohnungen, die den Erstwohnungen gleichgestellt sind (Abs. 3), und Zweitwohnungen (Abs. 4). Touristisch bewirtschaftete Wohnungen im Sinn von Art. 7 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Abs. 2 ZWG sind mangels Berücksichtigung in der Aufzählung von Art. 2 Abs. 3 ZWG zu den Zweitwohnungen zu zählen (Botschaft ZWG S. 2299). In Gemeinden, in denen der Zweitwohnungsanteil über 20 Prozent liegt, gilt grundsätzlich ein Verbot neuer Zweitwohnungen (Art. 6 ZWG). Bewilligt werden dürfen neue Wohnungen mit einer Nutzungsbeschränkung; die Beschränkung besteht darin, dass die Wohnung nur als Erstwohnung, als einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung oder als touristisch bewirtschaftete Wohnung genutzt werden darf (Art. 7 Abs. 1 ZWG). Ausnahmsweise sind auch neue Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung bewilligungsfähig (Art. 8 f. ZWG). Altrechtliche Wohnungen können in den Grenzen von Art. 11 ZWG baulich und nutzungsmässig geändert werden (Umnutzung, Erneuerung, Umbau, Wiederaufbau und Erweiterung; eingehend zum Ganzen Jonas Alig, Der Wohnungsbegriff des Zweitwohnungsgesetzes [ZWG], in Jusletter vom 30.5.2016 [nachfolgend: Wohnungsbegriff ZWG] S. 3 und 7 ff.).

E. 5.2.2

Anders als die Zweitwohnungsgesetzgebung bezieht sich das Raumplanungsrecht des Bundes nicht auf die einzelne Wohnung, sondern auf die Bauten und Anlagen. Bauten für den Wohnbedarf sind in der Landwirtschaftszone zonenkonform, wenn dieser für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich ist, einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation (Art. 16a Abs. 1 RPG und Art. 34 Abs. 3 RPV). Zonenwidrige Bauten und Anlagen erfordern eine Ausnahmbewilligung (Art. 24 ff. RPG). Bestehende Wohnbauten ausserhalb der Bauzonen werden als altrechtlich bezeichnet, wenn sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugebiets wurde (Besitzstandsgarantie;

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 18 Art. 24c RPG i.V.m. Art. 41 RPV). Stichtag ist in der Regel der 1. Juli 1972, d.h. das Datum des Inkrafttretens des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (aGSchG; AS 1972 S. 950), das erstmals Bau- und Nichtbaugebiet klar trennte (BVR 2016 S. 471 E. 3.2 mit Hinweisen). Neurechtlich sind demgegenüber landwirtschaftliche Wohnbauten, die nach dem 1. Juli 1972 zonenkonform in der Landwirtschaftszone errichtet worden sind (Muggli/Pflüger, Bestehende Wohnbauten ausserhalb der Bauzone, in Raum & Umwelt 1/2013 S. 7).

E. 5.2.3

Das GBR sieht in der Landwirtschaftszone (und im übrigen Gemein- degebiet) einen Erstwohnungsanteil von 30 Prozent vor; weiter sind allge- meine und auf die Bauzone zugeschnittene Bestimmungen zum Erstwoh- nungsanteil (Art. 46, 48 und 48a ff. GBR) sinngemäss anwendbar (Art. 60 Abs. 2 GBR). Vorgeschrieben ist ein Mindestanteil an Erst- bzw. Haupt- wohnungen, der zudem pro Gebäude eine bestimmte Fläche bzw. ein ge- samtes Geschoss erreichen muss (Art. 60 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 GBR). Die Nutzungskategorie der Wohnungen, welche den Erstwohnungen gleichgestellt sind, kennt das kommunale Recht im Unterschied zu Art. 2 Abs. 3 ZWG nicht. Erstwohnungen, die vor 1989 erstellt worden sind, dür- fen in Zweitwohnungen umgenutzt werden, auch wenn der reglementari- sche Erstwohnungsanteil des Gebäudes nicht eingehalten wird (Art. 60 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 GBR; zum Stichtag vom 31.12.1988 vgl. Müller/Feller, a.a.O., S. 489 f.). Eine Sonderkategorie von Gebäuden bilden die Einfamilienhäuser: Für derartige Neubauten gilt der minimale Erstwoh- nungsanteil, sofern das Baugesuch nach dem 1. Januar 2011 eingereicht worden ist; für andere Einfamilienhäuser sind die Regeln anwendbar, wie sie für bestehende Gebäude gelten (Art. 60 Abs. 2 Lemma 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 GBR).

E. 5.3

Die vorstehend aufgeführten Rechtsgrundlagen zeigen auf, dass Bundesrecht und kommunales Recht unterschiedliche Anknüpfungspunkte haben, um den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich der jeweili- gen gesetzlichen Massnahmen festzulegen. Insgesamt ergibt sich ein Re- gelungsgeflecht, das in Anwendung und Vollzug komplex ist und sich man- nigfaltig überschneidet. Schon aufgrund des Raumplanungsrechts sind

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 19 Zweitwohnungen in der Landwirtschaftszone nur mit Einschränkungen zu- lässig; mit den neuen bundesrechtlichen Vorschriften über den Zweitwoh- nungsbau ist der Spielraum für solche Projekte noch weiter beschränkt worden. In gewissen Bereichen wirkt sich der minimale Erstwohnungsanteil der Gemeinde daher im Ergebnis nicht einschränkender aus als das über- geordnete Recht. Das dürfte insbesondere bei neuen Wohnbauten der Fall sein, sind doch in der Landwirtschaftszone bereits von Bundesrechts we- gen nur Neubauten mit landwirtschaftlich genutzten Erstwohnungen oder mit diesen gleichgestellten Wohnungen bewilligungsfähig (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 ZWG; Art. 16a Abs. 1 RPG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 RPV). Letzteres ist etwa denkbar für die Unterbringung von Personal (vgl. Art. 2 Abs. 3 Bst. a, f und g ZWG; Samuel Kissling, Stichworte zum Bauen aus- serhalb der Bauzonen, in Raum & Umwelt 6/2013 S. 14 mit dem Stichwort «Ferienwohnung, Ferienhaus»; zur Zonenkonformität von Personal- wohnungen BGer 1A.19/2001 vom 22.8.2001, in ZBI 2002 S. 582 E. 3; Alexander Ruch, Kommentar RPG, Art. 16a N. 22, je mit Hinweisen).

E. 5.4

Daraus ist indes nicht zu schliessen, der umstrittenen Regelung komme in der Landwirtschaftszone neben dem Bundesrecht keine eigen- ständige Bedeutung zu. Der minimale Erstwohnungsanteil, den die Ge- meinde vorschreibt, verhindert zunächst neue Zweitwohnungen in beste- henden geschützten Bauten, die bislang keine Wohnungen enthielten:

E. 5.4.1

Nach Art. 9 Abs. 2 ZWG beurteilt sich die Zulässigkeit von neuen Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkungen im Sinn von Art. 7 Abs. 1 ZWG ausserhalb der Bauzonen nach den Bestimmungen der Raumplanungsgesetzgebung. Angesprochen sind damit einerseits die geschützten Bauten nach Art. 24d Abs. 2 RPG und andererseits Bauten, die nach Art. 24 RPG i.V.m. Art. 39 Abs. 2-5 RPV als landschaftsprägend geschützt sind (Botschaft ZWG S. 2308; Jonas Alig, Wohnungsbegriff ZWG, S. 14). Art. 24d Abs. 2 RPG lässt die vollständige Zweckänderung von als schützenswert anerkannten Bauten und Anlagen zu, wenn diese von der zuständigen Behörde unter Schutz gestellt worden sind und ihre dauernde Erhaltung nicht anders sichergestellt werden kann. Der Zweckänderungstatbestand umfasst dabei nicht nur Wohn-, sondern grundsätzlich alle Arten von bestehenden Bauten, insbesondere auch landwirtschaftliche und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 20 gewerbliche, unabhängig von ihrer Zonenkonformität oder Standortgebundenheit (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24d N. 13; Chantal Dupré, in Kommentar RPG, 2010, Art. 24d N. 34). Auch in besonders bezeichneten und als schutzwürdig anerkannten Kulturlandschaften mit landschaftsprägenden Bauten bestehen gestützt auf Art. 24 RPG i.V.m. Art. 39 Abs. 2 und 3 RPV weitgehende Umnutzungsmöglichkeiten (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24 N. 28 Lemma 2 f.). In beiden Fällen werden insbesondere auch reine Ökonomiegebäude wie Scheunen und Ställe erfasst (vgl. BGER 1C_391/2010 vom 19.1.2011, in URP 2011 S. 203 E. 4.3.1; Rudolf Muggli, in Kommentar RPG, 2009, Art. 24 N. 29). In geschützten Bauten ist die Schaffung neuer Zweitwohnungen damit bundesrechtlich möglich, selbst wenn sie nicht touristisch bewirtschaftet werden (vgl. Jonas Alig, Zweitwohnungsgesetz ZBl, S. 243; Samuel Kissling, a.a.O., S. 14 sowie S. 45 mit dem Stichwort «Wohnen, nichtlandwirtschaftliches; Zweitwohnung»).

E. 5.4.2

Soll in geschützten, bislang unbewohnten Bauten ausserhalb der Bauzonen die Wohnnutzung ermöglicht werden, ist der minimale Erstwohnungsanteil nach Art. 60 Abs. 2 GBR einzuhalten. Die kommunale Regelung schränkt den Zweitwohnungsbau damit im Vergleich zum Bundesrecht stärker ein. Das gilt gegenwärtig jedenfalls im Anwendungsbereich von Art. 24d Abs. 2 RPG (vgl. zu den schützens- und erhaltenswerten Bauten auf dem Gemeindegebiet Art. 18 Abs. 4 i.V.m. Anhang B GBR). Kulturlandschaften mit landschaftsprägenden Bauten im Sinn von Art. 39 Abs. 2 RPV hat der Kanton Bern zwar anhand verschiedener Kriterien definiert und in der EG Grindelwald auch ausgeschieden (Bst. d, sog. «Temporärsiedlungsgebiet der Alpen»; Kantonaler Richtplan 2030, Massnahme D_01); im Rahmen der Nutzungsplanung unter Schutz gestellt wurden von der Gemeinde allerdings bis jetzt offenbar keine (Bst. a; vgl. Auskunft der Gemeinde vom 20.2.2014, Vorakten JGK pag. 94 f.). Immerhin ist der Mindesterstwohnungsanteil zu beachten, falls die Gemeinde in Zukunft eine entsprechende Schutzplanung erlassen sollte.

E. 5.5

Der minimale Erstwohnungsanteil der Gemeinde wirkt sich zudem aus, soweit es um die Umnutzung von altrechtlichen Wohnungen ausserhalb der Bauzonen geht:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 21

E. 5.5.1

Altrechtliche Wohnungen sind gemäss Art. 11 Abs. 1 ZWG vorübergehend bestehender oder künftiger Nutzungsbeschränkungen des kantonalen oder kommunalen Rechts in der Art der Wohnnutzung frei. So lassen sich insbesondere altrechtliche Erstwohnungen bzw. diesen gleichgestellte Wohnungen – unter Vorbehalt von Massnahmen bei Missbrauch und unerwünschten Entwicklungen (Art. 12 ZWG) – zu Zweitwohnungen umnutzen (Botschaft ZWG S. 2309; Jonas Alig, Wohnungsbegriff ZWG, S. 15; zur Kritik an der Verfassungsmässigkeit dieser Lösung etwa Alig/Griffel, a.a.O., Art. 75b BV N. 43; Alexander Ruch, St. Galler Kommentar BV, Art. 75b N. 39 und 42). Aus raumplanungsrechtlicher Sicht sind bestehende zonenwidrige, d.h. nicht (mehr) landwirtschaftlich genutzte Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen in ihrem Bestand geschützt (Besitzstandsgarantie; Art. 24c Abs. 1 RPG). Zweitwohnungen in solchen Bauten dürfen weiterhin als solche genutzt werden (Samuel Kissling, a.a.O., S. 15). Gemäss Art. 24c Abs. 3 RPG sind von der Besitzstandsgarantie auch altrechtliche Wohnbauten (sowie angebaute Ökonomiebauten) erfasst, die über den 1. Juli 1972 hinaus landwirtschaftlich und damit zonenkonform genutzt wurden, bevor sie einer zonenwidrigen Wohnnutzung zugeführt worden sind (BVR 2016 S. 471 E. 3.2; BGer 1C_187/2011 vom 15.3.2012, in ZBl 2012 S. 610 E. 3.3; Ludwig/Stalder, a.a.O., S. 511 f. N. 119 f.). Landwirtschaftlich genutzte Erstwohnungen und diesen gleichgestellte Wohnungen können somit durch tatsächliches Verhalten wie insbesondere die Aufgabe des Landwirtschaftsbetriebs zu nicht landwirtschaftlich genutzten Wohnungen, namentlich zu Zweitwohnungen umgenutzt werden (vgl. auch die Bemerkungen von Arnold Marti zu BGer 1C_382/2010 vom 13.4.2011 [BGE 137 II 338], in ZBl 2012 S. 307 ff., 309). Art. 24d Abs. 1 RPG («Wohnen bleibt Wohnen») erlaubt unter gewissen Voraussetzungen eine landwirtschaftsfremde Wohnnutzung bei neuerechtlichen landwirtschaftlichen Wohnbauten (zonenkonform nach dem 1.7.1972 erstellt), die in ihrer Substanz erhalten sind (ohne Ökonomieteil; vgl. BGer 1C_391/2010 vom 19.1.2011, in URP 2011 S. 203 E. 4.3; Chantal Dupré, a.a.O., Art. 24d N. 17; Ludwig/Stalder, a.a.O., S. 515 N. 133); darunter kann auch die Nutzung als Zweitwohnung fallen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24d N. 9 Lemma 2; vgl. zum Ganzen auch Samuel Kissling, a.a.O., S. 45).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 22

E. 5.5.2

Nach Art. 60 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 GBR dürfen Erstwohnungen in bestehenden Gebäuden grundsätzlich ohne Einschränkungen in Zweitwohnungen umgenutzt werden, wobei das kommunale Recht nicht zwischen zonenkonformen (landwirtschaftlich genutzten) und zonenwidrigen (nicht landwirtschaftlich genutzten) Erstwohnungen unterscheidet. Anders verhält es sich allerdings mit Erstwohnungen, die nach 1989 erstellt worden sind bzw. für neue Einfamilienhäuser, für die das Baugesuch nach dem 1. Januar 2011 eingereicht worden ist. In diesen Fällen ist der regulatorische Erstwohnungsanteil einzuhalten (Art. 60 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 GBR, Umkehrschluss). Insoweit schränkt das kommunale Recht den Zweitwohnungsbau stärker ein als das Bundesrecht. Das gilt insbesondere im Vergleich zum ZWG, ist die Umnutzung von Wohnungen danach doch grundsätzlich frei, wenn diese am Stichtag vom 11. März 2012 rechtmässig bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren (vorne E. 5.2.1). Jedenfalls bei anderen Wohnbauten als Einfamilienhäusern – Letztere werden vom kommunalen Recht mit dem Stichtag vom 1. Januar 2011 privilegiert behandelt – bringt der Erstwohnungsanteil der Gemeinde damit

eine wesentliche zusätzliche Eindämmung der Zweitwohnungsnutzung.

E. 5.6

Fraglich ist, wie sich die Erstwohnungsanteilsvorschriften der Gemeinde auf die Erweiterungsmöglichkeiten bestehender Zweitwohnungen auswirken. Nach Bundesrecht können solche Wohnungen in einem gewissen Mass erweitert werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 ZWG i.V.m. Art. 24c Abs. 2 und 3 und Art. 24d Abs. 1 RPG sowie Art. 42 und 42a RPV). Das kommunale Recht lässt Erweiterungen im Umfang von maximal 30 Prozent der rechtmässig erstellten Bruttowohnfläche pro Gebäude ohne Nachweis des minimalen Erstwohnungsanteils zu (Art. 48 Abs. 1 GBR). Ausserhalb der Bauzonen sind nach Auffassung der Gemeinde indes auch kommunal die nach Bundesrecht maximal zulässigen Erweiterungsmöglichkeiten massgebend, da Art. 60 Abs. 2 GBR nur sinngemäss auf Art. 48 Abs. 1 GBR verweist (Stellungnahme der Gemeinde vom 20.1.2014, Vorakten JGK pag. 92). Eine zusätzliche Beschränkung der Zweitwohnungsnutzung hätte sich aus Art. 60 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 und 1 GBR ergeben können: Danach dürfen vor 1989 erstellte Erst- bzw. Hauptwohnungen zwar als Zweitwohnungen genutzt werden; bei Erweiterungen musste nach dem bisher geltenden Recht jedoch der Erstwohnungsanteil nachgewiesen werden. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 23 den (in diesem Sinn auch noch der Erläuterungs- und Mitwirkungsbericht der Gemeinde zur Revision EWAP vom 19.5.2011 S. 11, Vorakten AGR 4B). Die im Rahmen der Vorlage 2 beschlossene und genehmigte Fassung von Art. 48 Abs. 2 GBR enthält diese Einschränkung jedoch nicht mehr, sondern hält im Gegenteil fest, dass der Besitzstand der umgenutzten Erstwohnung im Umfang von Art. 48 Abs. 1 GBR gilt. Durch den Verweis von Art. 60 Abs. 2 GBR gilt diese Regelung auch ausserhalb der Bauzonen, weshalb nach dem Verständnis der Gemeinde die bundesrechtliche Besitzstandsgarantie einschliesslich der zulässigen Erweiterungsmöglichkeiten anwendbar wäre. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen allerdings offenbleiben.

E. 5.7

Im Ergebnis zeigt sich, dass die kommunalen Vorschriften zum Erstwohnungsanteil den Zweitwohnungsbau im Verhältnis zum Bundesrecht zusätzlich einschränken. Das gilt in erster Linie für die Umnutzung ehemals landwirtschaftlich genutzter Gebäude, die unbewohnt sind oder in denen Erstwohnungen bzw. diesen gleichgestellte Wohnungen im Sinn des ZWG bestehen. Wie sich die Regelung der Gemeinde im Einzelnen auswirkt, muss hier nicht abschliessend beurteilt werden. Sie ist nach dem vorstehend Gesagten jedenfalls geeignet, neue Zweitwohnungen ausserhalb der Bauzonen zu verhindern, auch wenn sie bundesrechtlich zulässig wären. Gleichzeitige, aber mildere Massnahmen, um dieses Ziel zu erreichen, werden vom Beschwerdeführer nicht zur Diskussion gestellt. Was die Zumutbarkeit der Massnahme angeht, mag zwar zutreffen, dass die Nutzung von geschützten landschaftsprägenden Gebäuden als Ferienwohnung oder Ferienhaus zum Erhalt solcher Bauten beitragen kann, was grundsätzlich im Interesse des Ortsbild- und Landschaftsschutzes liegt (Beschwerde S. 4 und 12; vgl. zu diesem Interessenkonflikt auch Botschaft ZWG S. 2308). Das öffentliche Interesse an der Eindämmung des Zweitwohnungsbaus ist aber – gerade in der EG Grindelwald – wie ausgeführt sehr ausgeprägt (vorher E. 4.4 f.). Es ist der Gemeinde unbenommen und nicht verfassungswidrig, dieses Interesse höher zu gewichten. Die mit der Erstwohnungsanteilspflicht

verbundenen Einschränkungen sind von den betroffenen Grundeigentümerinnen und -eigentümern hinzunehmen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 24

E. 5.8

Die umstrittene kommunale Regelung ist somit verhältnismässig und mit der Eigentumsgarantie vereinbar.

E. 6

Der Beschwerdeführer sieht schliesslich das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot verletzt, indem Einfamilienhäuser lediglich in der Landwirtschaftszone der Erstwohnungsanteilsspflicht unterliegen, nicht aber in der Bauzone.

E. 6.1

Dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 1 KV kommt bei Planungsmassnahmen nur eine abgeschwächte Bedeutung zu. Um vor ihm standzuhalten, genügt es bereits, dass sich eine Planungsmassnahme auf sachliche, vertretbare Gründe stützen kann und dementsprechend nicht willkürlich ist (BVR 2016 S. 402 E. 8.5; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 61 N. 19 mit Hinweisen).

E. 6.2

Nach dem bisherigen Recht galt für Einfamilienhäuser kein Erstwohnungsanteil (kritisch dazu Müller/Feller, a.a.O., S. 493). Ein solcher soll nun für Einfamilienhäuser in der Landwirtschaftszone eingeführt werden (Art. 60 Abs. 2 GBR), währenddessen Einfamilienhäuser in der Bauzone weiterhin davon befreit bleiben (Art. 47 Abs. 1 GBR). Anders als der Beschwerdeführer ausführt (Beschwerde S. 13), gibt es dafür durchaus sachliche Gründe. Die Gemeinde verweist namentlich auf den unterschiedlichen Zweck der Zonen (Beschwerdeantwort Ziff. 4): Während die Zweitwohnungsnutzung in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform ist und nur auf dem Ausnahmeweg bewilligt werden kann, ist sie in Bauzonen mit erlaubter Wohnnutzung grundsätzlich eine zulässige Nutzungsart. Schon deshalb ist es nicht willkürlich, Zweitwohnungen, soweit sie überhaupt noch zulässig sind, möglichst in der Bauzone anzusiedeln. Auch aufgrund der unterschiedlichen Bodenpreise mag der Handlungsbedarf, Zweitwohnungen in Einfamilienhäusern zu unterbinden, in der Landwirtschaftszone akuter sein als in der Bauzone.

E. 6.3

Die kommunale Regelung ist somit auch unter dem Gesichtswinkel des Rechtsgleichheitsgebots und des Willkürverbots nicht zu beanstanden.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 23.02.2017, Nr. 100.2015.208U, Seite 25

E. 7

Die Beschwerde erweist sich in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 und Art. 104 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

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