

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 369 vom 24. November 2016

BE Verwaltungsgericht, 2016-11-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2016_369

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 369 du 24 novembre 2016

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2016 369 del 24 novembre 2016

Regeste

Baubewilligung für den Abbruch von Gebäuden und den Neubau von drei Chalets - Zweitwohnungsverbot (Entscheidung der BVE des Kantons Bern vom 24. November 2016 - RA Nr. 110/2016/124) | 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. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 40 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind Projektänderungen grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 43 Abs. 4 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]). Nach Angaben der Beschwerdegegner 1 handelt es sich beim neuen, von der Gemeinde sistierten Baugesuchsverfahren (vorher Bst. C) nicht um eine Projektänderung des hier strittigen Vorhabens, sondern um ein eigenständiges neues Projekt. Die Beschwerdegegner 1 wollen – trotz neuem Projekt – am ursprünglichen Vorhaben festhalten und geben diesem den Vorzug. Werden für eine Parzelle verschiedene Baugesuche gestellt, was grundsätzlich zulässig ist, ist aus Gründen der Prozessökonomie zunächst das favorisierte Projekt zu beurteilen und das andere Verfahren einzustellen, bis das Ergebnis des ersten Verfahrens rechtskräftig feststeht. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist folglich unter Vorbehalt von E. 5.3 einzutreten.

E. 1.2

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

E. 2.1

Die Beschwerdeführenden machen geltend, die BVE habe eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Gemeinde zu Unrecht geheilt. Dadurch sei ihnen eine Instanz verloren gegangen (Beschwerde Ziff. III/2). – Es ist unbestritten, dass die Gemeinde die Eingabe

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 5 der Beschwerdeführenden vom 26. Mai 2016 im Baubewilligungsverfahren nicht berücksichtigt hat. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 21 ff. VRPG) führt zwar grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Praxisgemäss können nicht besonders schwerwiegende Gehörsverletzungen aber geheilt werden, wenn der Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition wie der Vorinstanz zusteht und der betroffenen Partei aus der Heilung kein Nachteil erwächst, d.h. sie ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen konnte (statt vieler BGE 137 I 195 E. 2.2 und 2.3.2; BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5). Die Beschwerdeführenden führen nicht aus, welche dieser Voraussetzungen für eine Heilung der Gehörsverletzung durch die BVE nicht erfüllt war. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb das Vorgehen der Vorinstanz unzulässig gewesen sein sollte. Durfte die BVE den Mangel im Beschwerdeverfahren heilen, ist unerheblich, dass die Gemeinde sich nicht mit der Eingabe der Beschwerdeführenden auseinandergesetzt hat und ihnen insoweit eine Instanz verloren gegangen ist.

E. 2.2

Weiter bringen die Beschwerdeführenden vor, die BVE habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie die Eingabe vom 1. November 2016 nicht berücksichtigt bzw. im angefochtenen Entscheid nicht erwähnt habe (Beschwerde Ziff. III/2). – Die BVE hat ausführlich begründet, weshalb sie eine Erstwohnungsnutzung als möglich und das Vorgehen der Beschwerdegegner 1 nicht als rechtsmissbräuchlich erachtet. Sie ist damit der Begründungspflicht nachgekommen, die sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt. Danach müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Sie muss sich folglich nicht ausdrücklich mit sämtlichen Behauptungen und Einwänden auseinandersetzen, sondern kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 142 II 154 E. 4.2 [Pra 105/2016 Nr. 98], 140 II 262 E. 6.2; BVR 2016 S. 529 E. 4.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5 ff.). Die Beschwerdegegner 1 beabsichtigen, das Vorhaben je nach Nachfrage in Etappen zu erstellen (vgl. Beschwerdeantwort vom 25.1.2017 [act. 5; nachfolgend: BA]), woraus die Beschwerdeführenden eine fehlende Nachfrage nach

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 6 Erstwohnungen ableiten (vgl. Eingabe vom 1.11.2016, Vorakten BVE pag. 57 ff., Bst. B/d). Die BVE hat sich zwar nicht ausdrücklich zu einer Etappierung geäussert. Sie hat aber ausführlich begründet, weshalb ihrer Ansicht nach eine Nachfrage nach Erstwohnungen besteht (angefochtener Entscheid E. 5e). Dies genügt den genannten Anforderungen an die Begründung, auch wenn ein Argument der Beschwerdeführenden nicht ausdrücklich genannt wurde. In ihrer Eingabe warfen die Beschwerdeführenden die Frage auf, «ob diese Etappierung nicht dazu führt, dass bis zur Erstellung aller 3 Häuser die notwendigen Infrastrukturen und Investitionen für früher erstellte Wohnungen fehlen (z.B. Parkplätze)». Sie begründeten jedoch nicht, was sie daraus ableiten wollen bzw. inwieweit darin eine Rechtsverletzung liegen soll; auch vor Verwaltungsgericht wird dies nicht klar. Unter diesen Umständen kann der BVE nicht vorgeworfen werden, sie habe ihren Entscheid ungenügend begründet, indem sie auf diesen pauschalen Einwand der Beschwerdeführenden nicht ausdrücklich eingegangen ist.

E. 3.1

In der EG Saanen beträgt der Zweitwohnungsanteil mehr als 20 % (vgl. Wohnungsinventare der Gemeinden, einsehbar unter: <<https://www.are.admin.ch>>, Rubriken «Raumentwicklung & Raum- planung/Zweitwohnungen»; Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen [Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702], Art. 2 der Zweitwohnungsverordnung vom 4. Dezember 2015 [ZWV; SR 702.1]), weshalb keine neuen Zweitwohnungen bewilligt werden dürfen (Art. 75b BV; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ZWG). Die Beschwerdegegner 1 haben um eine Bewilligung für den Bau von Erstwohnungen ersucht, was gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a ZWG zulässig ist. Die Baubewilligung vom 26. Juli 2016 enthält eine entsprechende Nutzungsbeschränkung (vgl. Ziff. 6; Art. 7 Abs. 3 und 4 ZWG). Die Beschwerdeführenden sind jedoch der Ansicht, die geplanten Wohnungen könnten nicht als Erstwohnungen genutzt werden und die Beschwerdegegner 1 beabsichtigten dies auch nicht. Ihr Verhalten sei rechtsmissbräuchlich, da sie auf eine Sistierung der Nutzungsbeschrän- kung gemäss Art. 14 ZWG spekulierten.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 7

E. 3.2

Sowohl staatliche Organe als auch Private handeln nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 11 Abs. 2 KV), wobei der offenbare Miss- brauch eines Rechts gemäss dem für die gesamte Rechtsordnung gelten- den Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) keinen Rechtsschutz findet. Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechts- institut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (vgl. statt vieler BGE 142 II 206 E. 2.3 [Pra 106/2017 Nr. 17]; BVR 2017 S. 483 E. 6.2.3 [bestätigt durch BGer 1C_447/448/449/2016 vom 31.8.2017]; BVR 2005 S. 400 E. 7.3.1, je mit Hinweisen). Ein Rechtsmissbrauch muss offensichtlich sein, um sankti- oniert zu werden. Will eine Behörde, dass die umgangene Bestimmung angewendet wird, muss sie die Rechtsumgehung oder einen ernsthaften Verdacht auf eine solche nachweisen. Dies erfordert eine Beurteilung von Fall zu Fall (BGE 142 II 206 E. 2.5).

E. 3.3

Wenn in einer Gemeinde, in der keine Zweitwohnungen mehr ge- baut werden dürfen, ein Baugesuch für Erstwohnungen gestellt wird, kann eine Umgehung des Zweitwohnungsverbots und damit ein Rechtsmiss- brauch beabsichtigt sein. Um einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch nur, wenn von Anfang an klar ist, dass das Vorhaben nicht wie angegeben ge- nutzt werden kann. Ein solcher Fall liegt namentlich vor, wenn in der frag- lichen Gemeinde eine ungenügende Nachfrage nach Erstwohnungen der betreffenden Art besteht oder andere konkrete Indizien für eine Umgehung sprechen (BGE 142 II 206 E. 2.2 und 2.4). Diese Indizien können die Lage der Liegenschaft (Bauzone, ganzjährige Zugänglichkeit, Distanz zu Arbeits- plätzen), das Konzept (aus Sicht des ganzjährigen Aufenthalts), den Preis oder die Verhältnisse der Person, welche dort zu wohnen beabsichtigt (aktueller Wohnort, Arbeitsplatz, Absichtserklärung der Interessierten), be- treffen. Wenn die künftigen Bewohner und Bewohnerinnen nicht bekannt sind, ist die Nachfrage nach Erstwohnungen im gleichen Sektor das Haupt- kriterium (BGE 142 II 206 E. 3.2). Gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. b ZWG sis- tiert die Baubewilligungsbehörde auf Gesuch der Eigentümerin oder des Eigentümers eine Nutzungsbeschränkung nach Art. 7

Abs. 1 ZWG wäh- rend einer bestimmten Dauer, wenn die Eigentümerin oder der Eigentümer nachweist, die Wohnung öffentlich ausgeschrieben und erfolglos nach Per-
Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 8
sonen gesucht zu haben, die die Wohnung gegen angemessenes Entgelt rechtmässig nutzen. Diese gesetzliche Regelung erhöht die Gefahr, dass die Bauherrschaft von vornherein beabsichtigt, ein Sistierungsgesuch zu stellen. Deshalb muss in zweifelhaften Fällen mit einer grossen Anzahl Wohnungen gründlich geprüft werden, ob diese tatsächlich der vorgesehe- nen Nutzungsart entsprechend genutzt werden können (BGE 142 II 206 E. 4.2; vgl. zum Ganzen auch Aron Pfammatter, in Wolf/Pfammatter [Hrsg.], Handkommentar ZWG, 2017, Art. 7 N. 7 ff.).

E. 3.4

In BGE 142 II 206 hat das Bundesgericht weitere Abklärungen zur Erstwohnungsnutzung verlangt, weil gleichzeitig 44 neue Wohnungen (wovon 14 Gegenstand eines anderen Verfahrens bildeten, vgl. BGer 1C_160/2015 vom 3.5.2016) im gleichen Sektor bewilligt worden waren und diese Anzahl in einem Missverhältnis zur Wohnbevölkerung von 700 Personen stand (E. 4.1). Die Lage der geplanten Wohnungen sprach zwar nicht dagegen, sie als Erstwohnungen zu nutzen. Das Bundesgericht hielt aber fest, dass in einem offensichtlich auf den Tourismus ausgerich- teten Gebiet die Wohnungen, die gleichzeitig zum Verkauf angeboten werden, nicht unberücksichtigt bleiben dürfen (E. 4 einleitend). Für unge- nügend erachtete das Bundesgericht die Sachverhaltsabklärung auch in einem Fall, in dem der Bau eines Chalets mit zwei Wohnungen im gehobe- nen Segment in der ehemaligen Gemeinde Chermignon VS (heute Crans- Montana VS) umstritten war (BGer 1C_16/2016 vom 24.10.2016). Zwar werde der Neubau von zwei Wohnungen keinen Einfluss auf den Woh- nungsmarkt haben. Es dürfe aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass in diesem Tourismusort gleichzeitig sehr viele Wohnungen zum Verkauf stünden (gemäss der Internetseite <www.comparis.ch> 598 Wohnungen und 96 Häuser, vgl. E. 3 einleitend). Es sei deshalb abzuklären, ob eine Nachfrage nach Erstwohnungen im gehobenen Segment bestehe, die das aktuelle Angebot nicht decken könne (E. 3.6). Vor dem Leitentscheid BGE 142 II 206 hat das Bundesgericht in einem Fall nähere Abklärungen zur Erstwohnungsnutzung verlangt, da zweifelhaft war, ob die Baute ganz- jährig erreichbar sei (BGer 1C_542/2014 vom 14.8.2015 E. 4). In den übrigen Fällen hat es bis dahin ohne weitere Abklärungen einen Rechts- missbrauch verneint (vgl. die Übersicht in BGE 142 II 206 E. 3.1).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 9

E. 3.5

In BGer 1C_263/2016 vom 21. Februar 2017 hat das Bundesgericht sodann erstmals einen Rechtsmissbrauch bzw. eine Gesetzesumgehung bejaht. Umstritten waren vier projektierte Chalets mit je zwei Wohnungen in der Gemeinde Rossinière VD. Die Gemeinde verfügte über eine geringe bauliche Entwicklung und kein vergleichbares Projekt war in den letzten 25 bis 30 Jahren bewilligt worden. In der Region standen viele Wohnungen leer und die Nachfrage nach Erstwohnungen hatte erheblich abgenommen. Die Gemeinde zählte per 31. Dezember 2015 565 Einwohnerinnen und Einwohner und die Bevölkerung war in den letzten sechs Jahren um 69 Personen zurückgegangen (E. 5.1). Das Bundesgericht erwog, die kon- stante Abnahme der Bevölkerung führe dazu, dass Wohnungen verfügbar seien,

die sich als Erstwohnungen eignen. Die Bevölkerungsstatistik zeige auf, dass kein Bedarf nach neuen Wohnungen bestehe, zumal noch nie ein vergleichbares Projekt in der Gemeinde realisiert worden sei, die bauliche Entwicklung der Gemeinde gering sei und keine anderen Umstände geltend gemacht würden, aufgrund deren die Leerwohnungen nicht wieder besetzt werden könnten. Hinzu komme, dass sich die Bauparzelle nicht in einem lokalen Zentrum gemäss kantonalem Richtplan befinde. Mit Blick auf alle diese Elemente sei es offensichtlich, dass die Wohnungen nicht als Erstwohnungen genutzt werden könnten. Sei die Absicht unrealistisch, die Wohnungen auf dem Erstwohnungsmarkt anzubieten, sei eine Rechtsumgehung zu bejahen. Wegen der Sistierungsmöglichkeit von Art. 14 ZWG sei es im Übrigen unerheblich, dass die Bauherrschaft behauptet, ein allfälliges finanzielles Risiko zu tragen (E. 5.3).

E. 4.1

Die Beschwerdegegner 1 planen drei Chalets (Haus A-C) mit je zwei Drei- und zwei Vierzimmerwohnungen zwischen ca. 70 und 150 m². Die Schlafzimmer verfügen mehrheitlich über ein eigenes Badezimmer. Nebst einer Einstellhalle sind ein Wellness- und Fitnessbereich und mehrere Kellerräume vorgesehen (vgl. Pläne Grundrisse in Vorakten Gemeinde). Die Baukosten belaufen sich gemäss Baugesuch auf 13 Mio. Franken (vgl. Vorakten Gemeinde pag. 98). Die Parzelle liegt in der Wohnzone W3a (vgl. Zonenplan Nr. 3 Saanen vom 11.3.2011) nördlich und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 10 oberhalb des Dorfes Saanen im Ortsteil I. _____, wo sich mehrheitlich Zweitwohnungen befinden (Stellungnahme Gemeinde vom 3.1.2017 [act. 4] Ziff. 2.4 a.E.). Saanen mit seinen Einkaufsmöglichkeiten und dem Bahnhof ist in ca. 20 Gehminuten oder ca. fünf Autominuten erreichbar. Der Fussmarsch zur nächsten Haltestelle des öffentlichen Verkehrs (Saanen, ...) dauert gut 10 Minuten (vgl. zum Ganzen <<https://www.google.ch/maps>>).

E. 4.2

Die Beschwerdegegner 1 geben an, Haus A als Ganzes oder aufgeteilt in Stockwerkeigentum an Personen verkaufen zu wollen, die bereit sind, ihren Wohnsitz nach Saanen zu verlegen, oder bereits in Saanen wohnen. Eine Wohnung in Haus B diene dem Eigengebrauch (Alterswohnsitz der Eltern). Die übrigen Wohnungen sollen verkauft oder vermietet werden. Das Haus C werde erst später erstellt und die Erstwohnungen würden je nach Nachfrage verkauft oder vermietet. Die einzelnen Gebäude würden ohnehin nur dann erstellt, wenn vorgängig rechtsverbindliche Zusagen über den Kauf oder die Miete der betreffenden Wohnungen vorlägen; dies auch um die Finanzierung sicherstellen zu können (BA Rz. 11 f.). Die Beschwerdegegner 1 machen geltend, sie hätten die Nutzung der Wohnungen erst mit der Projektänderung vom 26. Februar 2016 definitiv festgelegt. Eine Erstwohnungsnutzung hätten sie jedoch von Anfang an nicht ausgeschlossen. Für die Wohnungen gebe es mehrere Kauf- oder Mietinteressierte. Das Beschwerdeverfahren verhindere zwar, dass diese sich definitiv festlegten. Die bisherigen Kontakte zeigten aber, dass eine Nachfrage bestehe (BA Rz. 9 f.). Das Bauvorhaben sei an die Besonderheiten des Immobilienmarkts Gstaad/Saanen angepasst. Die Bau- summe werde zudem wesentlich vom Innenausbau beeinflusst, der erst vor der Bauausführung individuell bestimmt werde (BA Rz. 13).

E. 4.3

Die Lage der geplanten Wohnungen spricht nicht von vornherein gegen eine Nutzung als Erstwohnung. Zwar liegt das Gebiet I. _____ ausserhalb des Hauptorts Saanen. Es besteht aber eine Verbindung zum öffentlichen Verkehr in annehmbarer Distanz. Mit dem Auto ist der Ortsteil ganzjährig gut erreichbar. Der Fussmarsch zum Bahnhof Saanen und den Einkaufs- und Freizeitmöglichkeiten ist aus Sicht des ganzjährigen Aufenthalts für eine Berggemeinde nicht ungewöhnlich. Die Wohnungen sind in der Wohnzone W3a geplant, wo Wohnen sowie ruhiges und wenig stören-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 11 des Gewerbe zulässig sind (Art. 8 des Baureglements der EG Saanen vom 11.3.2011 [GBR]). Obwohl in der Umgebung vorwiegend Zweitwohnungen vorhanden sind, ist eine Erstwohnungsnutzung demnach zonenmässig ohne weiteres zulässig, auch wenn hier kein Ortsansässigenanteil (vgl. Art. 9 GBR) vorgeschrieben ist. Vom Konzept her wäre eine Nutzung als Ferienwohnungen zwar ohne weiteres möglich. Dies zeigt gerade auch das Baugesuch der Beschwerdegegner 1 vom 3. Juli 2017, mit dem sie für dasselbe Projekt nebst der Erstwohnungsnutzung eine Nutzung als touristisch bewirtschaftete Wohnungen im Sinn von Art. 7 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. a ZWG beantragen (vgl. art. 9, 11, 13 und 13A1-A4 und 14A11- 14A16). Es spricht jedoch nicht von vornherein gegen eine Erstwohnungsnutzung, wenn zu jedem Schlafzimmer ein Bad oder eine Dusche vorhanden sind (BGer 1C_240/2014 vom 24.10.2014 E. 2.5). Den Angaben der Beschwerdegegner 1 zufolge kann der Innenausbau zudem noch angepasst werden (E. 4.2 vorne). Auch die Grösse der Wohnungen und der gemeinsame Wellnessbereich schliessen – anders als die Beschwerdeführenden meinen – eine Erstwohnungsnutzung bzw. eine Nachfrage nach den Wohnungen nicht aus. Es handelt sich zwar nicht um das typische Konzept einer durchschnittlichen Erstwohnung. Die Bedürfnisse möglicher Interessentinnen und Interessenten lassen sich jedoch nicht im Voraus genau bestimmen, weshalb nicht gesagt werden kann, die Wohnungen eigneten sich weder als Erstwohnungen im gehobenen Segment noch als Erstwohnungen für Einheimische (vgl. Beschwerde S. 5 ff.). Das Bundesgericht hat sodann festgehalten, dass der (zu) hohe Preis einer Wohnung lediglich bedeute, dass sie möglicherweise verlustbringend verkauft oder vermietet werden müsse. Dieses Risiko trage die Bauherrschaft. Zwar sehe Art. 14 Abs. 1 Bst. b ZWG die Möglichkeit einer Sistierung der Nutzungsbeschränkung vor. Dies setze jedoch voraus, dass die Eigentümerin oder der Eigentümer nachweist, die Wohnung öffentlich ausgeschrieben und erfolglos nach Personen gesucht zu haben, die die Wohnung gegen angemessenes Entgelt rechtmässig nutzen. Wohnungen, die als Erstwohnungen bewilligt und erstellt wurden, müssten auch zu Preisen angeboten werden, die für Erstwohnungen markt- und ortsüblich seien, und nicht zu Zweitwohnungspreisen (vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. b ZWV; BGer 1C_546/2015 vom 23.6.2016 E. 2.6, 1C_349/2015 vom 7.1.2016 E. 2.4, 1C_114/2015 vom 10.7.2015 E. 4.2.2; vgl. auch Niklaus Spori, Das neue Zweit-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 12 wohnungsgesetz – eine Übersicht, in KPG-Bulletin 1/2016 S. 2 ff., 9 f.). Zusammenfassend ergibt sich, dass die Lage, das Konzept und der Preis der Wohnungen zwar ebenso gut eine Nutzung als Zweitwohnungen erlauben würden, zumal Saanen als Tourismusort bezeichnet werden kann. Eine Erstwohnungsnutzung erscheint deshalb jedoch nicht ausgeschlossen.

E. 4.4

Zur Nachfrage nach Erstwohnungen hat die Gemeinde Folgendes ausgeführt (act. 14): Insgesamt gebe es in der Gemeinde 3'899 Erst- wohnungen, von denen geschätzt 15-20 % (585-780 Wohnungen) dem gehobenen Segment zuzurechnen seien. Mit Ausnahme von Abländschen seien alle Dörfer der Gemeinde nicht mehr als 15 km vom Hauptort Saanen entfernt; somit befänden sich auch sämtliche Erstwohnungen in dessen Nähe (Antworten a). Die Gemeinde verfüge über keine statistischen An- gaben zum Leerwohnungsbestand; dieser dürfte sich aber im kantonalen Durchschnitt bewegen und 10-15 Wohnungen im gehobenen Segment umfassen (Antwort b). Zurzeit seien 89 Erstwohnungen bewilligt oder be- fänden sich bereits im Bau. Zwischen 13 und 18 seien dem gehobenen Segment zuzurechnen, fünf davon seien noch nicht rechtskräftig bewilligt (Antwort c). Im Jahr 2005 habe die Gemeinde 7'611 Einwohnerinnen und Einwohner gezählt; heute seien es 7'643 (Antwort d). – Die Gemeinde war aufgefordert, die Verhältnisse im Dorf Saanen, nicht nur diejenigen in der gesamten Gemeinde darzustellen (E. 3.3 f. vorne). Wie sich im Folgenden zeigt, erlauben ihre Auskünfte dennoch einzuschätzen, ob ein Markt für die geplanten Erstwohnungen besteht. Unter diesen Umständen ist es ent- behrlich, von den Beschwerdegegnern 1 Kaufversprechen oder Belege über Kontakte mit möglichen Käuferinnen und Käufern zu verlangen (vgl. dazu BGE 142 II 206 E. 4.4).

E. 4.5

In der Gemeinde Saanen besteht den Angaben der Gemeinde zu- folge eine Nachfrage nach Erstwohnungen, insbesondere im «gehobenen und/oder luxuriösen Segment» (Stellungnahme vom 13.1.2017, Ziff. 2.3 und 2.5; vgl. auch Bericht zur Ortsplanungsrevision 2005-2008/11 [act. 3B3], S. 2). Dass es laut den Aussagen des Gemeindepräsidenten im Anzeiger von Saanen vom 12. September 2017 zurzeit genügend leer- stehende Wohnungen habe und damit ein gewisser Markt für Erstwohnun-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 13 gen bestehe (vgl. act. 19A), bedeutet nicht bereits, dass es keine Nach- frage nach zusätzlichen Erstwohnungen gibt. Die Beschwerdeführenden bestreiten denn auch nicht, dass in der Gemeinde aufgrund der steuer- lichen Verhältnisse und des weltbekannten Tourismusorts Gstaad ein Markt für Erstwohnungen im gehobenen Segment besteht (Beschwerde Ziff. 1c). Das Angebot von zurzeit 23 bis 33 (leer stehenden bzw. bewilligten oder in Bau befindlichen) Erstwohnungen (E. 4.4 vorne) würde mit dem Bau der zwölf geplanten Wohnungen um knapp die Hälfte bzw. fast einen Drittel zunehmen. Der Zuwachs an neuen Erstwohnungen dieses Typs ist somit beträchtlich, zumal die Einwohnerzahl – wie die Beschwerdeführenden zu Recht vorbringen (Beschwerde S. 10) – in den letzten Jahren nur leicht zugenommen hat. Allerdings betrug die Leerwohnungsziffer im Verwal- tungskreis Obersimmental-Saanen per 1. Juni 2017 0,91 % und lag damit unter dem kantonalen Durchschnitt von 1,92 %. Mitgezählt werden dabei nebst allen möblierten oder unmöblierten, bewohnbaren und am Stichtag (1. Juni) leer stehenden sowie zur dauernden Miete oder zum Kauf ange- botenen Wohnungen und Einfamilienhäuser auch jene leer stehenden Wohnungen, die auf einen späteren Zeitpunkt bereits vermietet und ver- kauft sind. Auch Ferien- oder Zweitwohnungen und -häuser zählen als leer stehende Wohnungen, sofern sie zur Dauermiete (mindestens drei Monate) oder zum Verkauf ausgeschrieben sind (vgl. Wohnungsbestand, leer ste- hende Wohnungen, Leerwohnungsziffer, einsehbar unter: <<https://www.fin.be.ch>> Rubriken «Finanzen/öffentliche Statistiken/Statistik- portal/09 Bau- und Wohnungswesen»). Die Schätzung der Gemeinde zum Leerwohnungsbestand erscheint folglich jedenfalls als vorsichtig. Sodann steht ein Angebot von 35 bis 45

Erstwohnungen im gehobenen Segment nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Bevölkerungszahl von aktuell 7'643 Personen. Hinzu kommt, dass die Wohnungen zwar etwas ausserhalb, aber doch in der Nähe des Hauptorts einer Gemeinde entstehen sollen, der raumplanerisch anerkanntermassen eine gewisse Zentrumsfunktion sowie ein Wachstumspotenzial zukommt (vgl. Richtplan 2030, Raumkonzept Kanton Bern S. 11 Massnahmen A_01 und C_02, einsehbar unter: <<http://www.jgk.be.ch>>, Rubriken «Raumplanung/Kantonaler Richtplan»). Die Nachfrage nach solchen Erstwohnungen dürfte an dieser Lage folglich grösser sein als in anderen Gemeindeteilen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 14

E. 4.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Lage, das Konzept und die (voraussichtlichen) Baukosten der Wohnungen eine Erstwohnungsnutzung nicht ausschliessen. Die Ausführungen der Gemeinde, wonach der entsprechende Markt für Erstwohnungen im gehobenen Segment besteht, erscheinen nachvollziehbar, zumal die Nachfrage im und ums Dorf Saanen als Hauptort grösser sein dürfte als in anderen Teilen der Gemeinde. Obwohl die Beschwerdegegner 1 eine im Verhältnis zum vorhandenen Angebot relativ hohe Anzahl neuer Erstwohnungen planen und mit ihrem bei der Gemeinde hängigen Baugesuch zeigen, dass sie selber offenbar nicht überzeugt sind, die Wohnungen dereinst als Erstwohnungen verkaufen oder vermieten zu können, ist nicht von vornherein klar, dass eine Erstwohnungsnutzung unrealistisch bzw. eine rein theoretische Möglichkeit ist (E. 3.5 vorne). Hinzu kommt, dass die Beschwerdegegner 1 beabsichtigen, das Bauvorhaben in Etappen zu erstellen (E. 4.2 vorne; vgl. BGer 1C_565/2016 vom 16.11.2017 E. 3.2). Ein Rechtsmissbrauch bzw. eine Umgehungsabsicht ist unter diesen Umständen zu verneinen (vgl. E. 3.2 f. vorne). Im Übrigen tragen die Beschwerdegegner 1 das finanzielle Risiko, die Wohnungen allenfalls verlustbringend vermieten oder verkaufen zu müssen (E. 4.3 vorne). Hat die BVE einen Rechtsmissbrauch zu Recht verneint, kann auch nicht gesagt werden, dass die Bewilligung von Erstwohnungen die Ziele von Art. 75b BV vereitle (vgl. Beschwerde S. 10 f.). Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Einhaltung der Nutzungsbeschränkung nach Bauabschluss von der Baupolizeibehörde zu kontrollieren sein wird (BGE 142 II 206 E. 2.2; vgl. auch Art. 17 ZWG).

E. 5.1

Die Beschwerdeführenden beanstanden weiter die Höhe des Gebäudes A. Sie gehen davon aus, dass sie diese Rüge rechtsgenügend vorgebracht haben, da sie dies schon im früheren Beschwerdeverfahren geltend gemacht hätten und sich die BVE auch damit befasst habe. Anders als von der BVE festgehalten, mache die Garageneinfahrt mehr als ein Drittel der Gebäudebreite von 12 m aus, nämlich 4,5 m. Folglich sei das gewachsene Terrain bei der Berechnung der Gebäudehöhe massgebend. Die Besonnung und die Lichtverhältnisse ihrer Wohnungen würden in

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 15 einem Mass verschlechtert, das ebenso wenig geduldet werden müsse wie die Beeinträchtigung der Zufahrtsstrasse (Schnee, Schatten, Oberflächenwasserablauf). Die Beschwerdeführenden beantragen ein Schatten- und einen Augenschein (Beschwerde Ziff. III/3). – Die BVE ging davon aus, die Rüge, wonach die Gebäudehöhe nicht eingehalten sei, sei verspätet, da die Beschwerdeführenden diese erst mit Einsprache

vom 31. März 2016 gegen die Projektänderung vorgebracht hätten. Insoweit sei nicht auf die Beschwerde einzutreten. Im Übrigen sei die Rüge auch un- begründet (angefochtener Entscheid E. 4). Sodann sei die Beschwerde im Zusammenhang mit den Rügen betreffend Garagenentwässerung/Wasser- abfluss sowie Schattenwurf/Erstellung Schattendiagramm ungenügend be- gründet, weshalb auch insoweit nicht darauf einzutreten sei (angefochtener Entscheid E. 2b). Was die Beeinträchtigung der Aussicht anbelangt, hat die Vorinstanz festgehalten, dass solche Immissionen grundsätzlich hinge- nommen werden müssten, solange die baupolizeilichen und umweltrecht- lichen Vorschriften eingehalten seien (angefochtener Entscheid E. 6).

E. 5.2.1

aArt. 40 Abs. 2 BauG bestimmte in der ursprünglichen, bis zum 31. März 2017 geltenden Fassung, dass die Einsprecher und Einspreche- rinnen (nur) im Rahmen ihrer Einsprachegründe zur Beschwerde befugt sind (GS 1985 S. 186 ff.). Diese Beschränkung wurde mit der am 1. April 2017 und damit während hängigem Verfahren vor Verwaltungsgericht in Kraft getretenen Gesetzesrevision aufgehoben. Unter der Geltung von aArt. 40 Abs. 2 BauG konnten keine Rügen vorgebracht werden, die nicht bereits mit Einsprache erhoben worden waren (sog. aspektmässige Um- schreibung des Streitgegenstands). Diese Beschränkung der Rügegründe kam allerdings nur zum Tragen, soweit die Verletzung von kantonalem oder kommunalem Recht zur Diskussion stand, nicht hingegen, wenn es um Bundesverwaltungsrecht ging. Mit der aspektmässigen Umschreibung des Streitgegenstands ging auch einher, dass gegen Projektänderungen nur noch Einwendungen erhoben werden konnten, die unmittelbar die Pro- jektänderung betrafen (BVR 2016 S. 79 E. 3.2 mit Hinweisen). Es genügte aber, wenn ein Themenbereich in der Einsprache angesprochen worden war; die rechtliche Begründung konnte in oberer Instanz noch nachgescho-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 16 ben oder geändert werden (statt vieler VGE 2015/338 vom 12.9.2016 E. 3.2 [bestätigt durch BGer 1C_484/2016 vom 28.6.2017] mit Hinweisen).

E. 5.2.2

In ihrer Einsprache vom 22. August 2012 machten die Beschwerde- führenden geltend, das Bauvorhaben beeinträchtige ihre Aussicht massiv. Der Schattenwurf entziehe ihnen an Wintermorgen das Sonnenlicht und führe dazu, dass der Schnee auf der Zufahrtsstrasse nicht mehr auftauen könne, was die Zufahrt zu ihren Garagenplätzen erschwere. Auftauende Schneemassen und starke Regenfälle brächten weitere Beeinträchtigungen ihres Grundstücks mit sich. So könne das Regen- und Schmelzwasser nicht mehr versickern, sondern fliesse zum grössten Teil über die Zufahrts- strasse zu ihrer Liegenschaft. Da das Vorhaben höher als das Chalet der Beschwerdeführenden bzw. letzteres in nordwestlicher Richtung nach unten versetzt liege, handle es sich nicht um gewöhnliche, noch zu tolerie- rende Beeinträchtigungen. Mit Einsprache vom 31. März 2016 gegen die Projektänderung beantragten die Beschwerdeführenden erstmals, die Be- schwerdegegner 1 seien zu verpflichten, ein Schattendiagramm zu er- stellen, und machten geltend, das Haus A überschreite die zulässige Maximalhöhe. – Nach dem Gesagten machten die Beschwerdeführenden in ihrer ursprünglichen Einsprache zwar geltend, ihr Haus werde durch Aussichts- und Lichtentzug übermässig beeinträchtigt. Dies leiteten sie aber aus dem Höhenunterschied zwischen dem Baugrundstück und ihrem Grundstück ab. Dass die

Gebäudehöhe überschritten sei, machten sie erst mit Einsprache gegen die Projektänderung geltend. Den Themenbereich Gebäudehöhe haben sie in ihrer Einsprache vom 22. August 2012 folglich nicht angesprochen und die später erhobene Rüge bezog sich nicht auf die Projektänderung, mit der nur die Nutzungsart der Wohnungen festgelegt wurde. Die BVE ist demnach zu Recht davon ausgegangen, dass diese Rüge verspätet war. Mit Blick auf das Folgende kann offenbleiben, ob im Verfahren vor Verwaltungsgericht noch aArt. 40 Abs. 2 BauG (in diesem Sinn JTA 2016/191 vom 16.8.2017 E. 1.2.1) oder bereits Art. 40 Abs. 2 BauG anwendbar ist.

E. 5.2.3

Die BVE hat in ihrer (materiellen) Eventualbegründung zutreffend festgehalten, dass die Gebäudehöhe vom fertigen Terrain aus zu messen ist (angefochtener Entscheid E. 4d): Gemäss Art. 32 Ziff. 1 GBR wird die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 17 Gebäudehöhe grundsätzlich durch die Höhendifferenz zwischen Oberkant Firstpfette und dem tiefsten Fassadenpunkt des fertig erstellten Terrains gemessen. Hauseingänge und Garagezufahrten im Kellergeschoss werden nicht angerechnet, wenn ihre Breite an der Decke gemessen nicht mehr als 1/3 der betreffenden Fassadenbreite beträgt. – Die massgebende Fassade ist 12,45 m, die Einstellhalleneinfahrt 4 m breit, nicht 4,5 m, wie die Beschwerdeführenden behaupten (vgl. Pläne Ansichten Haus A, Grundrisse Haus A sowie Grundriss Einstellhalle, in Vorakten Gemeinde). Die Einstellhalleneinfahrt ist für die Gebäudehöhe folglich unbeachtlich und letztere ist nicht vom gewachsenen Terrain aus zu messen. Dass die vom fertigen Terrain aus gemessene Gebäudehöhe die reglementarische Maximalhöhe einhält, ist nicht bestritten.

E. 5.3

Die Beschwerdeführenden setzen sich sodann nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz zur mangelhaften Begründung der Baubeschwerde auseinander. Sie führen nicht aus, weshalb die BVE die Rügen im Zusammenhang mit dem Oberflächenwasserablauf und dem Schattenwurf hätte behandeln müssen, sondern verweisen pauschal auf die (bereits in der Einsprache, E. 5.2.2 vorne) behaupteten Beeinträchtigungen. Ist ein Nicht-eintreten Verfahrensthema, muss sich die Begründung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dieser Frage befassen (Art. 32 Abs. 2 VRPG; vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 14; André Moser, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2008, Art. 52 N. 7; allgemein zu den Begründungsanforderungen statt vieler BVR 2006 S. 470 E. 2.4). In diesem Punkt ist demnach auf die Beschwerde nicht einzutreten. Wie die BVE im Übrigen zutreffend festgehalten hat, handelt es sich beim Entzug von Sonne und Aussicht um negative Immissionen, die durch die blosse Existenz von Bauten und Anlagen entstehen. Sie werden durch die kommunalen Bauvorschriften begrenzt (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 24 N. 2 zweites Lemma; vgl. auch BVR 1992 S. 301 E. 4a). Einwirkungen, die durch zonenkonforme, den baupolizeilichen und umweltrechtlichen Vorschriften entsprechende Bauten verursacht werden, müssen grundsätzlich geduldet werden (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 24 N. 31 Bst. a; vgl. zum Ganzen auch VGE 2015/338 vom 12.9.2016 E. 6.2 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführenden zeigen auch vor Verwaltungsgericht nicht auf, in-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 18 wieweit das Vorhaben den insoweit massgebenden Vorschriften nicht genügt,

was denn auch nicht ersichtlich ist. Die Beschwerde erweist sich somit in Bezug auf den geltend gemachten Aussichtsentszug als unbegründet, was im Übrigen auch für den Entzug von Sonnenlicht gelten würde. Unter diesen Umständen ist weder ein Schattendiagramm zu erstellen noch ein Augenschein durchzuführen; diese Beweisanträge werden abgewiesen.

E. 6

In ihren Schlussbemerkungen machen die Beschwerdeführenden schliesslich erstmals geltend, die Baubewilligung widerspreche aufgrund der peripheren Lage des Baugrundstücks den Grundsätzen der Raumplanung und der Erhaltung der landwirtschaftlichen Fruchtfolgefleichen (art. 22; vgl. zur Zulässigkeit dieser Rüge E. 5.2.1 vorne). – Das Grundstück befindet sich in einer Bauzone (Wohnzone W3a). Die Beschwerdeführenden beanstanden mit ihrem Vorbringen sinngemäss die Zonenordnung. Solche Rügen betreffen nicht das Baubewilligungsverfahren, sondern wären im Planungsverfahren (Art. 58 ff. BauG) geltend zu machen gewesen. Die Beschwerdeführenden zeigen nicht auf, weshalb hier ausnahmsweise eine akzessorische Prüfung des Zonenplans im Baubewilligungsverfahren angezeigt wäre (vgl. dazu BGE 127 I 103 E. 6b; BVR 2016 S. 222 E. 3.2, je mit Hinweisen). Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich.

E. 7.1

Damit erweist sich die Beschwerde in allen Teilen als unbegründet; sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführenden unter Solidarhaft die Verfahrenskosten zu tragen und den Beschwerdegegnern 1 die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Der Gemeinde sind keine ersatzfähigen Parteikosten entstanden (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 19

E. 7.2

Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegner 1 macht in seiner Kostennote vom 28. November 2017 für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 9'000.-- zuzüglich Fr. 240.-- Auslagen und Fr. 739.20 MWSt geltend. Dies erscheint nach den Kriterien von Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) als deutlich überhöht. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren waren bei übersichtlicher tatsächlicher Ausgangslage wenige klar begrenzte Rechtsfragen umstritten, die dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegner 1 aus dem vorinstanzlichen Verfahren bereits vertraut waren. Dementsprechend geringer war sein gebotener Aufwand für das verwaltungsgerichtliche Verfahren, zumal die Beweismassnahmen im Verfahren vor Verwaltungsgericht keinen grossen Zusatzaufwand verursachten. Im Übrigen waren weder die Bedeutung der Streitsache noch die Schwierigkeit des Prozesses überdurchschnittlich. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände rechtfertigt es sich, den Parteikostenersatz auf Fr. 5'000.-- zuzüglich Auslagen und MWSt, ausmachend insgesamt Fr. 5'659.20, festzusetzen. Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt. 3. Die Beschwerdeführenden haben den Beschwerdegegnern 1 die Parteikosten für das Verfahren vor Verwaltungsgericht, bestimmt auf Fr. 5'659.20 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03.01.2018, Nr. 100.2016.369U, Seite 20 4. Zu eröffnen: - den Beschwerdeführenden - den Beschwerdegegnern 1 - der Beschwerdegegnerin 2 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern - dem Bundesamt für Raumentwicklung und mitzuteilen: - dem Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Frutigen 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.