

# **BGer 1C\_201/2022 vom 3. November 2023**

Bundesgericht, 2023-11-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_201\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_201_2022)

FR: TF 1C\_201/2022 du 3 novembre 2023

IT: TF 1C\_201/2022 del 3 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die Zulässigkeit der Beschwerde von Amtes wegen und mit freier Kognition ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 146 II 276 E. 1).

#### **E. 1.1**

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid des Verwaltungsgerichts steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 lit. a, 86 Abs. 1 lit. d und 90 BGG). Zumindest die Beschwerdeführenden 8 und 10 haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind als Nachbarn vom Bauvorhaben besonders betroffen und zur Beschwerde legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 1.2**

Ob die weiteren Beschwerdeführenden ebenfalls zur Beschwerde befugt sind, hat die Vorinstanz nicht abschliessend geprüft. So ist insbesondere zweifelhaft, ob sich deren Parzellen in ausreichender Nähe zum Grundstück der Beschwerdegegnerschaft befinden, damit sie über ein schutzwürdiges Interesse im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 140 II 214 E. 2) verfügen.

Der Beschwerdeführer 1 wiederum ist als privatrechtlicher Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB konstituiert. Ob er die Voraussetzungen für juristische Personen zur Erhebung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht erfüllt, kann vorliegend wie auch die anderen Fragen betreffend die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführenden Nr. 1-7, 9 und 11-19 offen bleiben. Sämtliche Beschwerdeführenden haben eine gemeinsame Beschwerde erhoben und jedenfalls die Beschwerdeführenden 8 und 10 sind unbestritten legitimiert, so dass auf die Eingabe ohnehin einzutreten ist (Urteil 2C\_121/2011 vom 9. August 2011 E. 1.2; vgl. auch Urteil 1C\_37/2019 vom 5. Mai 2020 E. 1, nicht publ. in BGE 146 I 145 ).

#### **E. 1.3**

Die Vorinstanz erachtete sämtliche Häuser als selbständig beurteilbar. Während die Häuser A und B bewilligungsfähig seien, treffe dies für Haus C nicht zu. Dementsprechend wies die Vorinstanz die Sache in diesem Punkt zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die BVE zurück. Während das angefochtene Urteil über die Häuser A und B offensichtlich einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 ff. BGG darstellt, ist es fraglich, ob dies hinsichtlich Haus C ebenfalls zutrifft:

Gemäss Art. 90 und 91 BGG ist die Beschwerde gegen End- und Teilentscheide zulässig. Gegen Vor- und Zwischenentscheide ist sie nur nach den Voraussetzungen der Art. 92 und 93 BGG zulässig. Rechtsprechungsgemäss sind Rückweisungsentscheide, mit denen eine

Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, grundsätzlich Zwischenentscheide, die nur unter den genannten Voraussetzungen beim Bundesgericht angefochten werden können ( BGE 143 III 290 E. 1.4; 140 V 282 E. 2 ; 138 I 143 E. 1.2; 133 V 477 E. 4.2), selbst wenn damit über materielle Teilaspekte der Streitsache, nicht aber über eines der Beschwerdebegehren abschliessend befunden wird (vgl. BGE 142 II 20 E. 1.4; 134 II 137 E. 1.3.2). Anders verhält es sich, wenn der unteren Instanz, an welche zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr verbleibt und die Rückweisung nur noch der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient ( BGE 144 III 253 E. 1.4; 142 II 20 E. 1.2 ; 138 I 143 E. 1.2).

Das Verwaltungsgericht hat die Sache betreffend Haus C im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Es begründet dies insbesondere mit dem Umstand, dass es aufgrund des mangelhaft festgestellten Sachverhalts betreffend der Hauptnutzfläche nicht abschliessend beurteilen könne, ob Haus C bewilligungsfähig sei oder nicht. Es handle sich bei der Feststellung und Berechnung der Hauptnutzflächen bestehend und neu um eine technische Fragestellung, die sich im bisherigen Verfahren nicht gestellt habe. Dabei werde die BVD auch über die Beweisanträge der Beschwerdeführenden zu befinden haben. Unter diesen Umständen verfügt diese weiterhin über einen Entscheidungsspielraum zur Bewilligungsfähigkeit der Baute, weshalb von einem Zwischenentscheid auszugehen ist

#### **E. 1.4**

Es bleibt zu prüfen, ob das Urteil des Verwaltungsgerichts bezüglich Haus C unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG anfechtbar ist.

##### **E. 1.4.1**

Nach Art. 93 Abs. 1 BGG ist gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder unter der doppelten Voraussetzung, dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Nach konstanter Rechtsprechung haben die Rechtsuchenden im Einzelnen darzulegen, inwiefern die Beschwerdevoraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind, ansonsten auf die Beschwerde mangels hinreichender Begründung nicht einzutreten ist ( BGE 137 III 324 E. 1.1; 136 IV 92 E. 4; je mit Hinweisen).

##### **E. 1.4.2**

Die Beschwerdeführenden legen nicht dar, inwiefern ihnen aufgrund des angefochtenen Entscheids ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG entstehen könnte. Ein solcher ist vorliegend auch nicht ersichtlich.

Die Beschwerdeführenden sind hingegen der Ansicht, bei Gutheissung der Beschwerde komme es sofort zu einem Endentscheid, nämlich einem Bauabschlag und ein weitläufiges Beweisverfahren mit entsprechenden Kosten könne so vermieden werden. Das strittige Projekt erfülle zwei notwendige Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 11 ZWG nicht. Der Standortunterschied zwischen Altbau und Ersatzneubau sei zu gross und es fehle jede Identität zwischen Alt- und Neubau. Eine Behebung dieser Mängel im Weg einer nachträglichen Projektänderung sei nicht möglich und bei dieser Situation müsse für das Haus C der Bauabschlag erteilt werden. Das angefochtene Urteil müsse auch in diesem Punkt aufgehoben werden.

### **E. 1.4.3**

Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde der Beschwerdeführenden betreffend Haus C gutgeheissen und die Sache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts betreffend Berechnung der Hauptnutzfläche an ihre Vorinstanz zurückgewiesen. Angesichts des nicht vollumfänglich festgestellten Sachverhalts kann das Bundesgericht weder einen Endentscheid fällen, noch legen die Beschwerdeführenden dar, inwiefern der angestrebte Endentscheid einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (vgl. NICOLAS VON WERDT, in: Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2. Aufl. 2015, N. 34 zu Art. 93 BGG ). Die Beschwerde ist auch unter dem Blickwinkel von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG unzulässig.

Es steht den Beschwerdeführenden jedoch offen, einen allfälligen für sie ungünstigen Endentscheid betreffend die Baubewilligung anzufechten. Diesfalls können sie das vorliegend fragliche Urteil des Verwaltungsgerichts zusammen mit dem Endentscheid anfechten, soweit es sich auf dessen Inhalt auswirkt ( Art. 93 Abs. 3 BGG ).

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), prüft die bei ihm angefochtenen Entscheide aber grundsätzlich nur auf Rechtsverletzungen hin, welche die beschwerdeführende Partei vorbringt und begründet (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG ). Erhöhte Anforderungen an die Begründung gelten, soweit die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht gerügt wird ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Die Anwendung von kantonalem Recht überprüft das Bundesgericht vorbehaltlich Art. 95 lit. c-e BGG im Wesentlichen auf Willkür und bloss insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet wird ( Art. 95 BGG i.V.m. Art. 9 BV und Art. 106 Abs. 2 BGG ). Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (vgl. BGE 146 II 111 E. 5.1.1 ; 141 I 49 E. 3.4 ; 137 I 1 E. 2.4).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). Eine entsprechende Sachverhaltsrüge ist substantiiert vorzubringen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 1 E. 3.5). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 148 I 104 E. 1.5 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Streitig ist insbesondere, ob die Baubewilligung für die beiden Häuser A und B eine Umgehung des Zweitwohnungsverbots gemäss Art. 75b BV und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG;

SR 702) darstellt.

### **E. 3.1**

Es ist unbestritten, dass der Zweitwohnungsanteil in der EG Saanen mehr als 20% beträgt. Im Jahre 2020 lag er gemäss dem Wohnungsinventar des ARE bei 51.3%. Neue Wohnungen sind in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% aber weiterhin zulässig, wenn sie als Erstwohnungen genutzt werden und eine entsprechende Nutzungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen wird (Art. 7 Abs. 1 lit. a, Abs. 3 und 4 ZWG).

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführenden bringen vor, dass die Nutzungsbeschränkung gemäss Art. 7 ZWG an sich der Bauherrschaft das volle Risiko auferlege, ihre Investition zu verlieren, falls sich für den Neubau niemand findet, der in der fraglichen Gemeinde Wohnsitz hat oder nehmen will. Der Gesetzgeber habe deshalb die Regelung von Art. 7 ZWG aufgeweicht, indem er in Art. 14 ZWG die Möglichkeit der Sistierung der Nutzungsbeschränkung geschaffen habe, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt seien. Dieser Mechanismus mache es in Gemeinden mit einer hohen Nachfrage nach Zweitwohnungen attraktiv, neue Wohneinheiten mit einer Nutzungsbeschränkung gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a ZWG zu bauen, auch wenn keine Abnehmerinnen oder Abnehmer für eine Erstwohnungsnutzung in Aussicht stehen würden. Die EG Saanen sei ein ausgesprochener Hotspot und Magnet für Zweitwohnungen, besonders im hohen und höchsten Preissegment. Dies manifestiere sich in den zahlreichen Baugesuchen der jüngeren Zeit, mit denen eine Bewilligung nach Art. 11 ZWG für den Umbau einer altrechtlichen Wohnung für eine Zweitwohnungsnutzung verlangt werde. Angesichts dieser Situation in der EG Saanen sei die Wahrscheinlichkeit besonders hoch, dass ein auf Art. 7 Abs. 1 lit. a ZWG gestütztes Baugesuch auf eine Verwendung des Neubaus als Zweitwohnung abziele.

Dies gelte in ausgeprägtem Masse für die beiden einzelnen Häuser A und B - die Wohnungen in Haus C bilden nicht Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens (vorher E. 1.3 f.) - mit einer Wohnfläche von jeweils mehr als 600 m

2 und weitläufigen Nebenräumen wie Hallenbad, Fitness, Wellness und Kino (von mehr als 800 m

2 bzw. 700 m

2). Unbesehen ihrer Verwendung als Erst- oder als Zweitwohnung würden sich diese Wohneinheiten nicht an eine breite Käuferschaft, sondern an einen kleinen Kreis vermögender Personen wenden. Diese seien jedoch nur an einer Ferienwohnung, nicht aber an einer Wohnsitznahme interessiert.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz stimmte den Beschwerdeführenden zu, dass die Wohnungen dem obersten bzw. luxuriösen Segment zuzuordnen seien. Es möge ebenfalls zutreffen, dass in Gstaad und namentlich auch im Ortsteil Wispile Zweitwohnungen in vergleichbarer Grösse und mit einer entsprechenden Ausstattung vorhanden seien. Aufgrund der guten Erschliessung und der Nähe zum Zentrum sei eine Nutzung der geplanten Bauten als Erstwohnungen aber keineswegs ausgeschlossen.

#### **E. 3.3.1**

Gemäss Angaben der Gemeinde im vorinstanzlichen Verfahren stellt sich die Wohnungssituation in der EG Saanen folgendermassen dar: In der ganzen Gemeinde seien 7'517 Wohnungen vorhanden, wovon 3'960 Wohnungen mit der Nutzung "Erstwohnung" registriert seien. Abzüglich Personalwohnungen, Wohnungen zu alpwirtschaftlichen Zwecken, Kollektivhaushalten und Wohnungen zu Erwerbs- und Ausbildungszwecken blieben 3'298 Erstwohnungen. Davon seien 348 Wohnungen durch eine öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung als Erstwohnungen gesichert. Von diesen 348 Wohnungen seien 8 mit den streitbetroffenen Wohnungen vergleichbar. Keine dieser Wohnungen befinde sich im Gebiet Wispile oder stehe leer. In den Jahren 2015 bis 2017 seien im Ortsteil Gstaad 34 Wohnungen mit Nutzungsbeschränkung fertiggestellt worden. Keine davon entspreche vom Segment her den streitbetroffenen Wohnungen und keine befinde sich im Gebiet Wispile. Für fünf vergleichbare Wohnungen seien ein Baubewilligungs- bzw. Rechtsmittelverfahren hängig, wobei sich davon drei in der Ortschaft Gstaad im Gebiet Wispile befinden würden, für welche die BVE mittlerweile jedoch rechtskräftig den Bauabschlag erteilt habe. Von den in der Gemeinde angemeldeten Personen seien 1'169 mit Niederlassungsbewilligung C registriert. Für Angaben zu Personen mit Pauschalbesteuerung hat die Gemeinde auf die Kantonale Steuerverwaltung verwiesen.

### **E. 3.3.2**

Die Beschwerdeführenden stellten in der Folge vor der Vorinstanz weitere Beweisanträge zur Wohnungssituation in der EG Saanen, woraufhin der Instanzrichter diese u.a. aufforderte mitzuteilen, wie viele Wohnungen (Erstwohnungen mit und ohne Nutzungsbeschränkung, Zweitwohnungen) im hier interessierenden Segment leer stehen und wo sie liegen würden. Die Gemeinde führte dazu aus, sie habe bisher nie erfasst, welchem Segment eine Wohnung zuzuordnen sei. Es bedeute einen unverhältnismässigen Aufwand, dies für alle Wohnungen in der Gemeinde zu tun. Keine Angaben machte die Gemeinde zu den Erstwohnungen ohne Nutzungsbeschränkung und zu den bestehenden Zweitwohnungen (sog. altrechtliche Wohnungen, d.h. Wohnungen, die am 11. März 2012 rechtmässig bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren, vgl. Art. 10 ZWG ).

### **E. 3.3.3**

Die Vorinstanz verzichtete daraufhin auf weitere Erhebungen, da es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht willkürlich sei, nur auf Erstwohnungen mit öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkung abzustellen, weshalb es sich angesichts des plausibel gemachten grossen Aufwands für die Gemeinde erübrige, auf den Abklärungen zu sämtlichen Wohnungen zu bestehen. Alleine aus dem amtlichen Wert einer Wohnung lasse sich nicht schliessen, ob sie mit den streitbetroffenen Bauten vergleichbar seien, zumal der amtliche Wert der projektierten Wohnungen noch nicht bekannt sei. Unter Berücksichtigung des bestehenden und zukünftigen Wohnungsangebots im gleichen Segment könne nicht von einer offensichtlich unzureichenden Nachfrage nach den streitbetroffenen Wohnungen ausgegangen werden. Eine Erstwohnungsnutzung erscheine nicht unrealistisch und eine Umgehungsabsicht könne verneint werden.

### **E. 3.4**

Die Beschwerdegegner geben insbesondere zu bedenken, dass die Sistierungsmöglichkeit nach Art. 14 ZWG zumindest für eine Liegenschaft in der höchsten Kategorie wenig attraktiv sei. So müsse die Eigentümerschaft gemäss Art. 9 der Zweitwohnungsverordnung

vom 4. Dezember 2015 (ZWV; SR 702.1) mindestens alle zwei Jahre belegen, dass regelmässig Inserate auf marktübliche Art und Weise erschienen seien, die Wohnung zu markt- und ortsüblichen Bedingungen ausgeschrieben worden seien und diese für eine Mieterin oder einen Mieter oder eine Käuferin oder einen Käufer jederzeit bezugsbereit gewesen sei. Unter diesen Umständen sei es nur schwer vorstellbar, dass eine Person aus der potentiellen Käuferschaft die Bauten als Ferienwohnungen erwerben möchte. Es bestünden keine konkreten Indizien für eine rechtsmissbräuchliche Umgehungsabsicht.

### **E. 3.5**

Auch das ARE hat in seiner Stellungnahme ausgeführt, dass die Sistierungsmöglichkeit nach Art. 14 ZWG an strenge Voraussetzungen geknüpft sei und nur zeitlich limitiert ausgesprochen werden könne. Nach seiner Kenntnis seien in den knapp sieben Jahren seit Einführung des ZWG in der ganzen Schweiz nur wenig mehr als ein halbes Dutzend solcher Gesuche bewilligt worden.

Weit problematischer erscheinen dem ARE hingegen bewilligte Erstwohnungen, die dauernd leer stehen oder faktisch nur wenige Tage im Jahr genutzt würden. Stehe eine Wohnung mehr als zwei Jahre leer, werde sie im Gebäude- und Wohnungsregister in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 3 lit. d ZWG als Zweitwohnung erfasst. Solche Fälle seien dem ARE aus der EG Saanen jedoch nicht bekannt.

### **E. 4.1**

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist von Amtes wegen zu prüfen, ob konkrete Indizien vorliegen, welche die Absicht bzw. die Möglichkeit einer Erstwohnungsnutzung des Bauvorhabens als unrealistisch erscheinen lassen. Die Möglichkeit, die Erstwohnungsnutzungsbeschränkung nach Art. 14 Abs. 1 lit. b ZWG zu sistieren, erhöht das Risiko, dass die Bauherrschaft (trotz der restriktiven gesetzlichen Voraussetzungen) von vornherein auf eine künftige Sistierung setzt. Es würde dem Zweck des ZWG und von Art. 75b BV offensichtlich zuwiderlaufen, die Erstellung von Wohnungen zu bewilligen, die wahrscheinlich nie als Erstwohnungen genutzt werden können ( BGE 145 II 99 E. 3; 144 II 49 E. 2.4 in fine).

### **E. 4.2**

Zu berücksichtigen sind (je nach den Umständen des Falls) die Lage der Liegenschaft (Bauzone, ganzjährige Zugänglichkeit, Distanz zu Arbeitsplätzen), die bauliche Gestaltung der Wohnungen aus Sicht einer ganzjährigen Nutzung, der Preis sowie die Verhältnisse der Person, welche dort zu wohnen beabsichtigt (aktueller Wohn- und Arbeitsort, Umzugsabsichten). Sind die künftigen Bewohnerinnen oder Bewohner nicht bekannt, ist die Nachfrage nach Erstwohnungen im gleichen Segment das Hauptkriterium ( BGE 144 II 49 E. 2.2; BGE 142 II 206 E. 3.2). Diesfalls muss glaubhaft gemacht werden, dass im betreffenden Marktsegment eine Nachfrage für Erstwohnungen besteht ( BGE 144 II 49 E. 2.3; Urteil 1C\_160/2015 vom 3. Mai 2016 E. 3.2). In Fällen, in denen die Nachfrage offensichtlich unzureichend ist, dürfen Baubewilligungen nur erteilt werden, wenn ernsthafte und konkrete Zusicherungen für den Erwerb durch ganzjährige Bewohnerinnen und Bewohner vorliegen ( BGE 144 II 49 E. 2.4). Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn die Bauherrschaft die Absicht hat, das Bauvorhaben als Erstwohnungen zu vermarkten: Ist diese Absicht nicht realistisch, ist von einer Umgehung der gesetzlichen Regelung auszugehen. Diesfalls ist auch der Einwand unbeachtlich, wonach die Bauherrschaft das finanzielle Risiko trage ( BGE 145 II 99 E. 3.1).

Wie gesehen (vorne E. 3.2), eignen sich die die beiden Häuser A und B zur Nutzung als Erstwohnung. Zwar ist aufgrund ihrer Ausgestaltung mit einem Preis im obersten Segment zu rechnen; dies schliesst jedoch eine Nutzung als Erstwohnung nicht aus, ist es doch notorisch, dass im Saanenland (Gstaad) auch sehr vermögende Personen ihren Wohnsitz haben (so bereits Urteil 1C\_592/2017 vom 15. Juni 2018 E. 5.6).

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, aufgrund der Bevölkerungsentwicklung bestehe gar keine Nachfrage nach Erstwohnungen generell und im gehobenen Bereich im Speziellen, zumal in diesem nur Ferienwohnungen nachgefragt seien.

##### **E. 4.3.1**

Wie soeben erwähnt, bestand in der Vergangenheit in der EG Saanen, durchaus eine Nachfrage nach Erstwohnungen im obersten Segment und eine solche kann auch heute nicht per se ausgeschlossen werden.

##### **E. 4.3.2**

Der vom Bundesrat genehmigte Richtplan des Kantons Bern weist die EG Saanen als regionales Zentrum aus und strebt dort ein gewisses Bevölkerungswachstum an (vgl. Massnahmeblätter des Richtplans C\_02; Rückseite S. 1 und A\_01: Seite 1; vgl. auch Prüfungsbericht ARE zur Anpassung Richtplan 2030 und Genehmigung des Richtplans nach Art. 38a Abs. 2 RPG vom 20. April 2016 [nachfolgend: Prüfungsbericht ARE], S. 25). Allerdings schrumpft die ständige Wohnbevölkerung in der Gemeinde Saanen seit Jahren; seit 2011 hat sie um mehr als 2% abgenommen. Daraus lässt sich zwar nicht ohne Weiteres schliessen, es bestünde auch künftig a priori keine Nachfrage für neue Wohnungen, namentlich in einzelnen Teilen der Gemeinde oder in einzelnen Marktsegmenten. Bei einer sinkenden Einwohnerzahl liegt eine solche allerdings auch nicht auf der Hand, weshalb sich gewisse Abklärungen zu dieser Frage rechtfertigen.

##### **E. 4.3.3**

In seiner Verfügung vom 11. Februar 2021 hat der Instruktionsrichter des Verwaltungsgerichts der EG Saanen verschiedene Fragen vorgelegt. Er hat diese insbesondere um Angaben zur Zahl der bestehenden Erst- und Zweitwohnungen sowie zur Zahl der leer stehenden Wohnungen im interessierenden Marktsegment ersucht. Die EG Saanen hat in ihrer Stellungnahme vom 11. März 2021 ausgeführt, sie habe bisher nie erfasst, welchem Segment eine Wohnung zuzuordnen sei und es würde einen unverhältnismässigen Aufwand bewirken, dies zu ermitteln. Die Frage nach der Zahl leer stehender Wohnungen liess sie unbeantwortet. Im Verfahren vor dem Rechtsamt der Justizdirektion hat die Gemeinde ausserdem die Frage nach der Entwicklung der Zahl der Pauschalbesteuerten sowie diejenige der Niedergelassenen in den letzten zehn Jahren - gemäss Beschwerdegegnerschaft richten sich die Häuser A und B insbesondere an Personen mit Niederlassungsbewilligung C - ebenfalls nicht beantwortet: für letztere Angabe hat sie stattdessen auf die kantonale Steuerverwaltung verwiesen.

##### **E. 4.3.4**

Wie weiter oben erwähnt, müssen die Bewilligungsbehörden von Amtes wegen prüfen, ob die Nutzung einer künftigen Baute für Erstwohnungen aufgrund der gesamten Umstände realistisch erscheint. Sind, wie im vorliegenden Fall, die künftigen Bewohnerinnen oder Bewohner nicht bekannt, ist die Nachfrage nach Erstwohnungen im gleichen Segment das

Hauptkriterium und die Bauherrschaft muss glaubhaft machen, dass im betreffenden Marktsegment eine Nachfrage für Erstwohnungen besteht (oben E. 4.1 und 4.2). Angesichts der fehlenden Informationen kann im vorliegenden Fall nicht plausibilisiert werden, ob dies zutreffen könnte. Basierend auf den vorliegenden Akten ist nämlich zum einen nicht klar, ob in Gstaad überhaupt eine Nachfrage nach extrem luxuriösen Liegenschaften im obersten Preissegment als Erstwohnungen besteht; zum andern kann nicht beurteilt werden, ob ein entsprechendes Angebot an Luxusliegenschaften besteht, welches eine allfällige Nachfrage (über-) kompensieren könnte.

Die Vorinstanz kann nicht unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach altrechtliche Wohnungen nur beschränkt zur Bestimmung des Angebots an Erstwohnungen herangezogen werden dürfen (Urteil 1C\_598/2019 vom 19. Juni 2020 E. 3.6), auf die Erhebung der angefragten Informationen verzichten, nur weil die Datenerhebung für die angefragte Gemeinde aufwändig erscheint (vorne E. 3.3.3). Diese kennt die örtlichen Gegebenheiten am besten und ist als Bewilligungsbehörde gehalten, die rechtserheblichen Abklärungen zu treffen bzw. - soweit sie dies unterlassen hat - dies auf Aufforderung durch die Vorinstanz hin nachzuholen. So wäre es der Gemeinde durchaus zumutbar gewesen, auch die Angaben zu den altrechtlichen Wohnungen zu erheben und zumindest eine grobe Einteilung in verschiedene Preisklassen vorzunehmen. Gestützt darauf liesse sich eine (allgemeine) Einschätzung der Nachfrage im durch die Bauten angestrebten Marktsegment vornehmen.

Analoges gilt für die Entwicklung hinsichtlich der pauschalbesteuerten Personen im Saanenland. Da sich die beiden Bauten gemäss Angaben der Beschwerdegegnerschaft explizit an diese Klientel richtet, wäre die Erhebung dieser Daten zumindest potentiell aufschlussreich, insbesondere für die Ortschaft Gstaad. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob diese Informationen bei der Gemeinde oder bei der Kantonalen Steuerverwaltung eingeholt werden müssen.

#### **E. 4.3.5**

Es bleibt allerdings anzumerken, dass angesichts des spezifischen Segments der geplanten Bauten keine allzu hohen Anforderungen an eine ausreichende Nachfrage gestellt werden können, zumal nur zwei Häuser - und wahrscheinlich zeitlich gestaffelt - auf den Markt gelangen. Dabei sind nicht nur Personen mit Niederlassungsbewilligung C, sondern auch Schweizer Bürgerinnen und Bürger als Nachfragende für die Wohnungen zu berücksichtigen. Es ist notorisch, dass auch wohlhabende Personen mit Schweizer Bürgerrecht in der EG Saanen ihren Wohnsitz haben, auch wenn dies die Beschwerdeführenden aufgrund der hohen Steuerbelastung im Kanton Bern pauschal in Abrede stellen. Das Bundesgericht hat betreffend die wesentlich kleinere Nachbargemeinde Gsteig im Urteil 1C\_326/2019 vom 17. April 2020 gestützt auf einen hinreichend festgestellten Sachverhalt angenommen, dass eine gewisse Nachfrage nach Erstwohnungen im gehobenen Segment im Saanenland besteht und erachtete deshalb die Erstellung fünf neuer Wohnungen im gehobenen (wenn auch mit dem vorliegenden Projekt nicht vergleichbaren) Segment als nicht rechtsmissbräuchlich.

#### **E. 4.4**

Insgesamt gebietet sich vorliegend eine Rückweisung der Sache an das Verwaltungsgericht, das mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraut ist als das Bundesgericht. Das Verwaltungsgericht muss sich die notwendigen Auskünfte beschaffen, welche die

Gemeinde bzw. die kantonalen Behörden bis anhin nicht erbracht haben.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Damit erübrigt sich eine Behandlung der weiteren Rügen der Beschwerdeführenden. Die Sache ist zur Sachverhaltsergänzung und neuer Beurteilung der Frage einer Umgehung des Zweitwohnungsverbots an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen.

Die Rückweisung mit offenem Ausgang gilt praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerdeführenden ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Damit wird die Beschwerdegegnerschaft kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 und 68 BGG ).

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