

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern

Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 18. Dezember 2014**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Steinmann, Verwaltungsrichter Daum  
Gerichtsschreiber Bischof

1. A. \_\_\_\_\_  
B. \_\_\_\_\_  
2. C. \_\_\_\_\_  
D. \_\_\_\_\_

alle vertreten durch Fürsprecher ...

Beschwerdeführende



gegen

### **Einwohnergemeinde Zweisimmen**

handelnd durch den Gemeinderat, Lenkstrasse 5, 3770 Zweisimmen

Beschwerdegegnerin

und

### **Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern**

Münstergasse 2, 3011 Bern

betreffend Ortsplanungsrevision Zweisimmen; Erstwohnungsanteil (Entscheid der  
Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 26. April 2012; 32.14-  
11.18)

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die Gemeindeversammlung der Einwohnergemeinde (EG) Zweisimmen beschloss am 4. Dezember 2009 eine Revision der Ortsplanung und schied unter anderem in der «Moosmatte» ein Gebiet mit Erstwohnungsanteil aus. Dagegen hatten neben anderen E.\_\_\_\_\_, damaliger Eigentümer der in der Wohnzone W2B liegenden und vom Gebiet mit Erstwohnungsanteil betroffenen Parzellen Zweisimmen Gbbl. Nrn. 1\_\_\_, 2\_\_\_, 3\_\_\_ und 4\_\_\_, sowie F.\_\_\_\_\_, damalige Eigentümerin der gleichermassen betroffenen Parzelle Zweisimmen Gbbl. Nr. 5\_\_\_, Einsprache erhoben. Am 6. Januar 2011 genehmigte das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) das neue Baureglement und die neuen Zonenpläne mit Änderungen. Die Einsprachen – darunter diejenigen von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ – wies es ab, soweit es auf sie eintrat und soweit sie nicht zurückgezogen worden oder gegenstandslos geworden waren.

### **B.**

Gegen die Genehmigungsverfügung des AGR führten E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ am 7. Februar 2011 gemeinsam Beschwerde bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK).

Am 23. Dezember 2011 schenkte E.\_\_\_\_\_ die Parzellen Nrn. 1\_\_\_, 2\_\_\_, 3\_\_\_ und 4\_\_\_ seinen Kindern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ zu Miteigentum. F.\_\_\_\_\_ schenkte die Parzelle Nr. 5\_\_\_ am 29. Dezember 2011 ihren Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ebenfalls zu Miteigentum (Stockwerkeigentum).

Mit Entscheid vom 26. April 2012 wies die JGK die Beschwerde ab.

**C.**

Gegen den Entscheid der JGK haben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sowie C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ am 29. Mai 2012 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit folgenden Rechtsbegehren:

- «1. Der Beschwerdeentscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 26. April 2012 sei aufzuheben.
2. Das Verfahren sei als gegenstandslos vom Protokoll abzuschreiben.
3. Den Beschwerdeführern seien keine Verfahrenskosten aufzuerlegen und eine Parteientschädigung für das Verfahren vor der JGK zu gewähren.

*Eventualiter:*

1. Der Beschwerdeentscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 26. April 2012 sei aufzuheben.
2. Im Zonenplan Zweisimmen sei das Gebiet mit Erstwohnungsanteil/EWA auf den Parzellen Zweisimmen-Gbbl. Nrn. 1\_\_\_, 2\_\_\_, 3\_\_\_ und 4\_\_\_ und 5\_\_\_ aufzuheben.
3. Im Baureglement sei der Art. 18 betr. „Gebiet mit Erstwohnungsanteil“ zu streichen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge –»

Auf Gesuch hin hat der damalige Abteilungspräsident das Verfahren sistiert. Am 22. November 2013 hat er es wieder aufgenommen und den Schriftenwechsel durchgeführt.

Die EG Zweisimmen hat in ihrer Beschwerdeantwort vom 10. Dezember 2013 keinen ausdrücklichen Antrag gestellt. Die JGK beantragt mit Vernehmlassung vom 13. Dezember 2013 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist.

Am 30. Dezember 2013 hat die Instruktionsrichterin die EG Zweisimmen aufgefordert, darzulegen und zu dokumentieren, ob sie entgegen der vom Gemeinderat geäusserten Absicht, wegen der von Volk und Ständen angenommenen Zweitwohnungsinitiative auf die umstrittenen Festlegungen zu verzichten, nun doch an den Vorschriften zum Erstwohnungsanteil festhalte. Mit Eingabe vom 10. Januar 2014 hat die EG Zweisimmen bestätigt, am Erstwohnungsanteil festhalten zu wollen. Am 31. März 2014 haben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sowie C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ Stellung genommen und Ziff. 2 ihrer Hauptbegehren zurückgezogen; die Eventualbegehren seien gutzuheissen. Die EG Zweisimmen hat am 17. April 2014 eine weitere Stellungnahme eingereicht.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**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.

**1.2** Die Beschwerdeführenden erhielten die streitbetroffenen Parzellen Ende 2011 und damit bereits während des vorinstanzlichen Verfahrens von ihren damals als Beschwerdeführende beteiligten Eltern zu Eigentum geschenkt, was die JGK nicht berücksichtigt hat (vorne Bst. B). Ob sie als Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur Beschwerde befugt sind, bestimmt sich nach den Vorschriften zum Parteiwechsel (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 13 N. 12), wobei Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VRPG die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) für sinngemäss anwendbar erklärt. Wird das Streitobjekt während des Prozesses veräussert, so kann die Erwerberin oder der Erwerber gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO anstelle der veräussernden Partei in den Prozess eintreten (sog. Parteiwechsel infolge Einzelrechtsnachfolge; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 13 N. 16 f.). Während der Hängigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens erklärten die Beschwerdeführenden zwar keinen Prozesseintritt. Der Parteiwechsel im Sinn von Art. 83 Abs. 1 ZPO ist indes während des gesamten Prozesses und damit spätestens bis zur Rechtskraft des Urteils möglich (Daniel Schwander, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 83 N. 18), weshalb die Bestimmung instanzenübergreifend zu verstehen ist (VGE 2012/342 vom 19.5.2014, E. 1.2.2 [noch nicht rechtskräftig]). Die Beschwerdeführenden konnten folglich auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren den Prozesseintritt erklären, was sie durch Einreichen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde getan haben. Es liegt somit ein gültiger Parteiwechsel vor. Die frühere Grundeigentümerschaft ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Als neue Eigentümerinnen und Eigentümer der streitbetroffenen Parzellen sind die Beschwerdeführenden durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 Bst. b und c VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (vgl. auch hinten E. 2.2).

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

## **2.**

**2.1** Die Beschwerdeführenden haben mit Eingabe vom 31. März 2014 Ziff. 2 der Hauptbegehren zurückgezogen und darum ersucht, die Eventualbegehren gutzuheissen. Zudem machen sie weiterhin geltend, die JGK habe ihnen zu Unrecht die Verfahrenskosten auferlegt und keinen Parteikostenersatz zugesprochen (act. 17, S. 3, auch zum Folgenden). Angefochten ist damit auch der Kostenschluss der JGK (vorne Bst. C). Bei dieser Ausgangslage ist der ursprünglich als Eventualbegehren gestellte Antrag auf Aufhebung des Erstwohnungsanteils auf den Parzellen der Beschwerdeführenden vorab zu prüfen, da sich im Fall einer Gutheissung Weiterungen zum vorinstanzlichen Kostenschluss erübrigen würden.

**2.2** Die JGK weist darauf hin, dass die Ausführungen der Beschwerdeführenden zum Erstwohnungsanteil-Gebiet identisch mit denjenigen in der vorinstanzlichen Beschwerde seien. Es sei deshalb fraglich, ob die Beschwerde insoweit den Anforderungen an die Begründungspflicht genüge (Vernehmlassung vom 13.12.2013 [act. 11], S. 4). Gemäss Art. 32 Abs. 2 VRPG müssen Parteieingaben unter anderem eine Begründung enthalten, ansonsten auf sie nicht einzutreten ist (Art. 20a Abs. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 3 VRPG; BVR 2002 S. 426 E. 3a; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 12, Art. 51 N. 6). An die Begründung werden zwar praxisgemäss keine hohen Anforderungen gestellt. Sie muss sich aber wenigstens in minimaler Form mit dem angefochtenen Erkenntnis auseinandersetzen und sinngemäss darauf schliessen lassen, welche Rechtsnormen oder Grundsätze der Ermessensausübung nach Auffassung der opponierenden Partei verletzt oder inwiefern Sachverhaltselemente unrichtig oder unvollständig festgestellt worden sind (BVR 2006 S. 470 E. 2.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 15, auch zum Folgenden). Ein blosser (globaler) Verweis auf frühere Rechtsschriften stellt daher keine rechtsgenügende Begründung dar (BVR 1988 S. 97 E. 1b). Hingegen genügt es grundsätzlich, dass die Beschwerdeführenden ihre Argumentation vortragen, wobei es ihnen nicht verwehrt ist, frühere Ausführungen zu wiederholen (vgl. auch Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 197). Auf die Beschwerde ist daher auch unter diesem Gesichtswinkel einzutreten. Wer jedoch die Ausführungen der

Vorinstanz nicht substantiell bestreitet, läuft Gefahr, dass sie als unbestritten betrachtet werden (VGE 21608 vom 27.8.2003, E. 2.1, 21843 vom 1.3.2004, E. 1.3).

### 3.

Gemäss Art. 73 Abs. 1 BauG können Gemeinden Wohnzonen bezeichnen, in denen im Interesse eines genügenden Wohnungsangebots für die ansässige Bevölkerung ein Mindestanteil an Erstwohnungen oder eine gleichwertige Regelung vorgeschrieben ist. Sie erlassen die näheren Bestimmungen. Das von der Gemeindeversammlung der EG Zweisimmen am 4. Dezember 2009 beschlossene Gemeindebaureglement (GBR) sieht Folgendes vor:

#### Art. 18 Gebiet mit Erstwohnungsanteil

<sup>1</sup> In den im Zonenplan bezeichneten Gebieten sind bei Neubauten 30 % der Bruttogeschossfläche für Wohnungen für die ortsansässige Bevölkerung vorzusehen (Erstwohnungen).

<sup>2</sup> Erstwohnungen sind Wohnungen, die von ortsansässigen Personen (mit festem Wohnsitz bzw. Steuerdomizil in Zweisimmen), Saisonangestellten oder Wochenaufenthaltern benutzt werden. Zu den Erstwohnungen zählen auch gewerblich genutzte Bruttogeschossflächen.

<sup>3</sup> Der [richtig: Die] Übertragung des Erstwohnungsanteils auf Nachbarparzellen ist gestattet.

<sup>4</sup> Der Erstwohnungsanteil ist im Grundbuch einzutragen.

<sup>5</sup> Mit der Baueingabe ist ein Grundrissplan über die vorgesehene Aufteilung der Erst- und Zweitwohnungen vorzulegen.

<sup>6</sup> Für bestehende Wohnungen gilt die Bestandesgarantie. Bei Ersatz eines bestehenden Gebäudes ist der Erstwohnungsanteil einzuhalten.

Die vom Erstwohnungsanteil erfassten Parzellen sind im Bauzonenplan vom 26. Mai 2010 mit einer Schraffur gekennzeichnet (vgl. Vorakten AGR [act. 11B4; nachfolgend: Bauzonenplan]). Betroffen ist neben den fünf Parzellen der Beschwerdeführenden in der «Moosmatte» im Westen des Dorfzentrums etwa die Hälfte der im Norden der Ortschaft liegenden Parzelle Zweisimmen Gbbl. Nr. 6\_\_\_. Ansonsten hat die Gemeinde keine weiteren Parzellen mit den Vorschriften belegt.

#### 4.

**4.1** Umstritten ist zunächst, ob und gegebenenfalls inwieweit nach der Annahme der Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» durch Volk und Stände am 11. März 2012 noch Raum für eine kommunale Regelung des Erstwohnungsanteils bleibt. Die Beschwerdeführenden machen geltend, der auf ihren Parzellen geplante Erstwohnungsanteil sei mit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative «gesetzeswidrig und gegenstandslos» geworden, da die neuen verfassungsrechtlichen Bestimmungen den Bau von Zweitwohnungen gänzlich verböten, während Art. 18 GBR bei Neubauten lediglich einen gewissen Anteil von Erstwohnungen vorsehe (Stellungnahme vom 31.3.2014 [act. 17], S. 2).

**4.2** Der in der Abstimmung vom 11. März 2012 von Volk und Ständen angenommene Art. 75b der Bundesverfassung (BV; SR 101) ist gleichentags – und somit während des vorinstanzlichen Verfahrens – in Kraft getreten (vgl. Art. 195 BV; Art. 15 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte [BPR; SR 161.1]; BGE 139 II 243 E. 8). Art. 75b Abs. 1 BV bestimmt, dass der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 % beschränkt ist. Das Bundesgericht hat in mehreren Grundsatzurteilen erkannt, dass der «harte Kern» von Art. 75b BV, nämlich das Bewilligungsverbot für den Bau neuer privat genutzter Zweitwohnungen («kalte Betten») in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von 20 % oder mehr, unmittelbar anwendbar ist. Darüber hinaus ist das Verbot von Zweitwohnungen jedoch durch die Gesetzgebung zu konkretisieren, wobei namentlich die Zulässigkeit von bestimmten, besonders intensiv genutzten Arten von Zweitwohnungen («warme Betten») sowie der Umnutzung von Erst- in Zweitwohnungen zu klären sein wird (eingehend BGE 139 II 243 E. 10, insb. E. 10.5; vgl. auch BGE 140 II 25 E. 4.3). Art. 75b BV bewirkt somit ein Bauverbot für Zweitwohnungen in allen Gemeinden, in denen der 20%-Anteil erreicht oder überschritten ist, bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung, was im Ergebnis einer Planungszone gleichkommt (BGE 139 II 243 E. 9.1).

**4.3** Dass Kantone und Gemeinden nach Inkrafttreten von Art. 75b BV nicht mehr befugt wären, zusätzliche Massnahmen zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus bzw. zur Förderung von Erstwohnungen zu ergreifen, wird von den Beschwerdeführenden zu Recht nicht geltend gemacht (eingehend zur Kompetenzverteilung Fabian Mösching, Massnahmen zur Beschränkung von

Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014, S. 92 ff., 145 ff., 246 f., auch zum Folgenden). So verlangt der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts einzig, dass solche Massnahmen nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 138 I 454 E. 3.1 mit Hinweisen). Der am 1. Mai 2014 in Kraft getretene, inhaltlich mit aArt. 8 Abs. 2 und 3 RPG in der bis am 30. April 2014 gültigen Fassung (AS 2011 S. 2913) übereinstimmende Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG verpflichtet die Kantone denn auch nach dem Inkrafttreten der Verfassungsbestimmungen über den Zweitwohnungsbau, in ihren Richtplänen Gebiete zu bezeichnen, in denen besondere Massnahmen ergriffen werden müssen, um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Erst- und Zweitwohnungen sicherzustellen, insbesondere Massnahmen zur Beschränkung der Zahl neuer Zweitwohnungen, zur Förderung von Hotellerie und preisgünstigen Erstwohnungen sowie zur besseren Auslastung der Zweitwohnungen. Bereits mit Beschluss vom 8. Juni 2011 und damit noch auf Grundlage von aArt. 8 Abs. 2 und 3 RPG und vor Inkrafttreten von Art. 75b BV hat der Regierungsrat des Kantons Bern diesen Auftrag mit einer Änderung des kantonalen Richtplans umgesetzt (einsehbar unter: <http://www.be.ch/richtplan>). Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hat die Richtplananpassung am 6. Dezember 2012, d.h. nach Inkrafttreten und unter Berücksichtigung von Art. 75b BV, mit Änderungen genehmigt. Im Massnahmenblatt D\_06 «Zweitwohnungen steuern» wird Zweisimmen als eine von 13 Gemeinden bezeichnet, die aus kantonalen Sicht zusätzliche planerische Massnahmen für eine ausgewogene Entwicklung von Erst- und Zweitwohnungen treffen müssen (eingehend zum Massnahmenblatt D\_06 Fabian Mösching, a.a.O., S. 173 ff., 248; Hunyady/Linder/Mauerhofer/Miesch, Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben im Bereich Zweitwohnungen im Kanton Bern, in KPG-Bulletin 2013 S. 78 ff., 79 f.).

**4.4** In der EG Zweisimmen übersteigt der Zweitwohnungsanteil unbestrittenermassen 20 % (vgl. Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Anhang der Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen [SR 702; nachfolgend: Zweitwohnungsverordnung]), weshalb der Bau von neuen, privat genutzten Zweitwohnungen auf dem gesamten Gemeindegebiet von Verfassung wegen nicht mehr bewilligt werden darf. Das Gebiet mit Erstwohnungsanteil gemäss Art. 18 GBR, das den Bau solcher Zweitwohnungen begrenzt, indem es einen Mindestanteil an Erstwohnungen festlegt, geht zwar insoweit in der Verfassungsbestimmung auf, steht dieser jedoch nicht entgegen. Anders als die Beschwerdeführenden meinen, sind vom

unmittelbar anwendbaren Verbot nicht alle Arten von neuen Zweitwohnungen betroffen. Ausdrücklich ausgenommen hat das Bundesgericht etwa touristisch bewirtschaftete Zweitwohnungen (Parahotellerie); dies mit der Begründung, dass sich die Volksinitiative in erster Linie gegen «kalte Betten» und nicht gegen «warme Betten» richte, weshalb es letztlich Aufgabe der Gesetzgebung sein werde, die Zulässigkeit solcher Wohnungen zu regeln (vgl. BGE 140 II 25 E. 4.3, 139 II 243 E. 10.4; VGE 2013/92 vom 12.2.2014, E. 6.2.2, auch zum Folgenden). Es ist davon auszugehen, dass das Gesetz solche qualifiziert bewirtschaftete Wohnungen zulassen wird (vgl. Art. 7 f., insb. Art. 7 Abs. 1 Bst. b des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über Zweitwohnungen [Zweitwohnungsgesetz, ZWG], in BBI 2014 S. 2325). Die bis dahin geltende Zweitwohnungsverordnung sieht vor, dass Wohnungen, die nicht individuell ausgestaltet sind sowie dauerhaft und ausschliesslich zur kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu marktüblichen Bedingungen angeboten werden, weiterhin bewilligt werden dürfen, wenn sie im Rahmen strukturierter Beherbergungsformen bewirtschaftet werden oder die Eigentümerin oder der Eigentümer im selben Haus wohnt (Art. 4 Bst. b, Art. 9 Abs. 2 der Zweitwohnungsverordnung). Mit Blick auf solche Zweitwohnungen kommt einem kommunalen Erstwohnungsanteil nach wie vor eigenständige Bedeutung zu, indem er deren Bewilligungsfähigkeit im Umfang des Erstwohnungsanteils beschränkt und im gleichen Umfang den Bau von Erstwohnungen fördert. Die Erstwohnungsanteil-Vorschriften auf den Parzellen der Beschwerdeführenden schränken den Bau von (touristisch bewirtschafteten) Zweitwohnungen somit weiter ein als das verfassungsrechtliche Bauverbot (vgl. auch Fabian Mösching, a.a.O., S. 254; Hunyady/Linder/Mauerhofer/Miesch, a.a.O., S. 84).

**4.5** Die Zulässigkeit von kommunalen Vorschriften zum Erstwohnungsanteil ergibt sich sodann auch aus Überlegungen zum anwendbaren Recht: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Bewilligungsverbot gemäss Art. 75b BV auf Baugesuche anwendbar, die nach Inkrafttreten der Bestimmung und damit nach dem 11. März 2012 erstinstanzlich bewilligt wurden, wobei im Einzelfall besondere Situationen des Vertrauensschutzes vorbehalten bleiben (BGE 139 II 263 E. 7 f. und 243 E. 11). Baubewilligungen, die vor dem 11. März 2012 erstinstanzlich erteilt wurden, fallen nicht unter die neue Verfassungsbestimmung und bleiben gültig, unabhängig vom Zeitpunkt, in dem sie rechtskräftig geworden sind (BGE 139 II 243 E. 11.6). Für sie gilt demnach das Recht zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Beurteilung (Fabian Mösching, a.a.O., S. 87 f.). Die Unterlagen zur Ortsplanungsrevision lagen ab dem 10. September 2009 öffentlich auf (vgl. Publikationsauftrag vom 3.9.2009, Vorakten

Gemeinde, Register 3), weshalb Personen, die ab diesem Zeitpunkt ein Baugesuch einreichen, die aufgelegten Vorschriften und Pläne, falls diese in Kraft treten, gegen sich gelten lassen müssen (vgl. Art. 36 Abs. 2 BauG; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I/II, 4./3. Aufl. 2013/2010, Art. 36 N. 3 Bst. a). Die Rechtswirkungen von Art. 75b BV und des Erstwohnungsanteil-Gebiets sind somit nicht nur in sachlicher, sondern auch in zeitlicher Hinsicht nicht deckungsgleich.

**4.6** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Erstwohnungsanteil in einer Gemeinde wie Zweisimmen mit mehr als 20 % Zweitwohnungen nach Annahme der Zweitwohnungsinitiative zwar eine deutlich weniger weit reichende Wirkung zukommt. Er widerspricht den Verfassungsbestimmungen zum Zweitwohnungsbau aber nicht. Vielmehr kommt der Regelung in Bezug auf die Begrenzung von touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen generell und in Zweisimmen auch in zeitlicher Hinsicht noch eigenständige Bedeutung zu.

## **5.**

**5.1** Die Beschwerdeführenden machen geltend, es sei aus raumplanerischer Sicht nicht nachvollziehbar, weshalb die Gemeinde lediglich auf den in der «Moosmatte» gelegenen Parzellen im Halt von rund 8'000 m<sup>2</sup> einen Erstwohnungsanteil erlassen habe, jedoch weder auf den übrigen Baulandreserven von mehr als 120'000 m<sup>2</sup> noch auf bereits überbauten Parzellen (Beschwerde, Art. 5 f.). Das Vorbringen beschlägt die Frage, ob der geplante Erstwohnungsanteil auf Grundlage einer ausreichenden raumplanerischen Interessenabwägung ausgeschieden worden ist.

**5.2** Die Bezeichnung eines Gebiets mit Erstwohnungsanteil hat wie jede Raumplanung eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung zu verwirklichen (Art. 75 Abs. 1 BV; vgl. auch Müller/Feller, Erstwohnungsanteile in Tourismusgemeinden, in BVR 2007 S. 481 ff., 485 f.). Sie stellt eine Gestaltungsaufgabe dar und unterliegt einer gesamthaften Abwägung und Abstimmung aller räumlich wesentlichen Gesichtspunkte und Interessen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 RPG; Art. 1-3 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 [RPV; SR 700.1]; statt vieler BGE 136 II 204 E. 7.1; BVR 2013 S. 31 E. 3.2, 2012 S. 271 E. 2.1, 2011 S. 259 E. 5.5, je mit Hinweisen; ferner Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. 15 N. 13). Nach Art. 3 Abs. 1 RPV haben die

Behörden im Rahmen ihrer Handlungsspielräume alle betroffenen Interessen zu ermitteln und zu beurteilen. Dabei sind insbesondere die Vereinbarkeit mit der anzustrebenden räumlichen Entwicklung und die möglichen Auswirkungen zu berücksichtigen. Den Interessen ist aufgrund der Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend Rechnung zu tragen. Die Interessenabwägung muss in der Begründung dargelegt werden (Art. 3 Abs. 2 RPV; vgl. zum Ganzen eingehend Pierre Tschannen, in Kommentar RPG, 1999, Art. 3 N. 23 ff., sowie BVR 2013 S. 31 E. 3.2).

**5.3** Das Gebot der umfassenden raumplanerischen Interessenabwägung schliesst nicht aus, dass die Planungsbehörde nur bestimmte Wohnzonen oder Gemeindegebiete mit einem Erstwohnungsanteil belegt (Müller/Feller, a.a.O., S. 488). Ein solches Ergebnis muss aber in einem umfassenden Rahmen gestützt auf eine Gesamtschau aller erheblichen Probleme erarbeitet worden sein. Unzulässig ist die isolierte Betrachtung eines einzelnen Gemeindegebiets oder einzelner Parzellen ohne Beachtung des planerischen Gesamtkonzepts. Denn die Nutzungsplanung einer Gemeinde muss als Ganzes den Anforderungen des RPG genügen (BGE 133 II 321 E. 4.3.4 S. 328 f.; vgl. auch BGE 122 II 326 E. 5b; BGer 1P.14/2001 vom 5.4.2001, in ZBI 2002 S. 579 E. 3a, 1P.670/1991 vom 4.6.1993, in ZBI 1994 S. 133 E. 7b; Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 2 N. 25).

**5.4** Der kantonale Richtplan schreibt im bereits erwähnten Massnahmenblatt D\_06 vor, dass die EG Zweisimmen auch nach Inkrafttreten von Art. 75b BV zusätzliche planerische Massnahmen für eine ausgewogene Entwicklung von Erst- und Zweitwohnungen zu treffen hat und dass sie das auf Grundlage einer sorgfältigen Analyse der Ausgangslage zu tun hat (Bestand Erst-, Zweitwohnungen bewirtschaftet/unbewirtschaftet; übrige touristische Beherbergung; übrige touristische Infrastruktur; bisherige Entwicklung/Perspektiven). Weiter soll sie die regionale und kommunale Zweitwohnungspolitik auf das regionale touristische Entwicklungskonzept abstimmen bzw., solange ein solches fehlt, die regionalen und lokalen touristischen Zielsetzungen berücksichtigen und eine Abstimmung mit den Nachbargemeinden vornehmen (Massnahmenblatt D\_06, Ziff. 3; vgl. zum Ganzen auch Fabian Mösching, a.a.O., S. 34 f.). – Wie aus E. 4.3 hervorgeht, sind die Anpassungen des Richtplans vom Regierungsrat erst während des vorinstanzlichen Verfahrens beschlossen und vom UVEK während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens genehmigt worden. Die Vorgaben des Richtplans zur Steuerung von Zweitwohnungen sind somit jünger als die am 4. Dezember 2009 beschlossene Ortsplanungsrevision der EG Zweisimmen. Das

Massnahmenblatt D\_06 führt indes im Wesentlichen die in E. 5.2 dargelegten allgemeinen Grundsätze zur raumplanungsrechtlich erforderlichen Interessenabwägung aus, wozu insbesondere die vertiefte Analyse der Ausgangssituation, das Erheben und Gewichten der betroffenen Interessen und das Erarbeiten eines planerischen Gesamtkonzepts zählen. Es kann deshalb ungeachtet der erwähnten übergangsrechtlichen Problematik auch darauf abgestellt werden.

## **6.**

**6.1** Mit dem Erstwohnungsanteil will die Gemeinde dem Problem begegnen, dass für Einheimische Wohnraum im Dorf zusehends unerschwinglich wird. Deshalb hat sie «alle Neueinzonungsgebiete sowie ein grösseres Areal in der Moosmatte» den neuen Bestimmungen unterstellt (Erläuterungsbericht vom 21.4.2009 zur Ortsplanung Zweisimmen, Vorakten AGR [act. 11B9; nachfolgend: Erläuterungsbericht], S. 12). Mehr Informationen zur Ausgangslage und zu den Interessen, welche die Gemeinde ermittelt und beurteilt hat, sind dem Erläuterungsbericht ebenso wenig zu entnehmen wie eine nachvollziehbare Begründung der geforderten umfassenden Interessenabwägung. Vorab fehlt eine Auslegeordnung der massgeblichen Gesichtspunkte (Bestand von Erst- und Zweitwohnungen, Bedarf an gesicherten Erstwohnungen, Entwicklung und Perspektiven lokal und regional, Potential für Erstwohnungen in den einzelnen Nutzungszonen/Dorfteilen usw.). In diesem Zusammenhang hatte das AGR bereits im Vorprüfungsverfahren ausdrücklich kritisiert, dass es in Zweisimmen mit Blick auf die Zweitwohnungs- und Erstwohnungsproblematik an einem klaren touristischen Entwicklungskonzept fehle (Vorprüfungsbericht vom 24.6.2009, Vorakten AGR [act. 11C], S. 3 Ziff. 3.1; Fragenkatalog für Bereinigungsgespräch vom 27.5.2009, Vorakten AGR [act. 11C], S. 2). Weiter legt die Gemeinde zwar Wert darauf, auf noch nicht überbauten Parzellen an zentraler Lage Erstwohnungen zu sichern (vgl. auch Genehmigungsverfügung vom 6.1.2011, Vorakten AGR [act. 11B2], S. 13 ff. Ziff. 4.6.2). Dass sie sich mit Handlungsvarianten auseinandergesetzt und gestützt auf welche Überlegungen sie diese verworfen hat, legt sie aber nicht dar.

**6.2** Der Gemeinde und den Vorinstanzen ist zwar grundsätzlich darin zuzustimmen, dass sich unüberbaute grössere bzw. zusammenhängende Bauparzellen wie diejenigen in der «Moosmatte» (insgesamt rund 8'800 m<sup>2</sup> Bauland) oder die Parzelle

Nr. 6\_\_\_ (insgesamt ca. 4'000 m<sup>2</sup> Bauland) für die Belegung mit einem Erstwohnungsanteil besonders eignen, können die Erstwohnungen dort doch gegebenenfalls im Sinn von Art. 18 Abs. 3 GBR noch auf einzelne Parzellen(teile) konzentriert werden (vgl. zum verfügbaren Bauland in den beiden Gebieten Erläuterungsbericht, Anhang 1, Ziff. 1 «Freie Wohnkapazität im rechtsgültigen Zonenplan in Ortsteilen», Ortsteil Dorf, Wohnzone W2B, Parzellen Nrn. 5\_\_\_, 1\_\_\_, 2\_\_\_, 3\_\_\_ und 4\_\_\_, sowie Ziff. 2 «Freie Wohnkapazität im rechtsgültigen Zonenplan über ganze Gemeinde», Einzonungen, RUAG, Dorf). Die Beschwerdeführenden wenden indes zu Recht ein, gestützt auf diese Überlegung hätte die Gemeinde wohl weitere, im Zeitpunkt der Planerarbeitung unbebaute Parzellen dem Erstwohnungsanteil unterstellen müssen (Beschwerde, Art. 6 S. 12). So ist gestützt auf die Akten etwa nicht nachvollziehbar, weshalb die nördlich der «Moosmatte» gelegene Parzelle Zweisimmen Gbbl. Nr. 7\_\_\_ mit rund 2'500 m<sup>2</sup> Bauland, die unbebauten Teile der sich gleich neben dem Bahnhof befindenden Parzelle Zweisimmen Gbbl. Nr. 8\_\_\_ mit 2'916 m<sup>2</sup> sowie der Parzelle Zweisimmen Gbbl. Nr. 9\_\_\_ auf dem Coop-Areal oder die im Norden von Zweisimmen an der Eggetlistrasse liegenden unüberbauten und zusammenhängenden Parzellen keine Erstwohnungsanteilsverpflichtung aufweisen.

**6.3** Was den Einbezug von bereits überbauten Parzellen betrifft, haben die Rechtsvorgängerin und der Rechtsvorgänger der Beschwerdeführenden bereits im Einspracheverfahren zutreffend darauf hingewiesen, dass Art. 18 Abs. 6 GBR, gemäss welchem beim Ersatz eines bestehenden Gebäudes der Erstwohnungsanteil einzuhalten ist, keine rechtliche Wirkung zeitigen kann (Einsprache vom 9.10.2009, Vorakten Gemeinde, Register 2, act. 15, S. 10). Denn Art. 18 GBR ist nur auf die im Zonenplan bezeichneten Gebiete anwendbar (Abs. 1). Darin finden sich jedoch gerade keine Parzellen, auf denen bereits Wohnhäuser stehen. Die Ausführungen der JGK, wonach im Fall eines neubauähnlichen Umbauvorhabens auf bereits überbauten Parzellen ebenfalls ein Erstwohnungsanteil gelte, treffen deshalb bloss theoretisch zu (angefochtener Entscheid, E. 6.3; vgl. auch Vernehmlassung AGR vom 2.3.2011, Vorakten JGK, pag. 16 f. Ziff. 4). Art. 18 Abs. 6 GBR wird gestützt auf die planerische Umsetzung der Gemeinde in der Praxis toter Buchstabe bleiben, d.h. nirgends im Gemeindegebiet zur Anwendung gelangen. Dies obwohl gerade der Druck auf zentral gelegene bestehende Wohnungen voraussichtlich zunehmen wird, verbietet doch Art. 75b Abs. 1 BV zwar den Bau neuer, privat genutzter Zweitwohnungen, grundsätzlich aber nicht die Umnutzung von Erst- in (finanziell lukrative) Zweitwohnungen (vgl. auch Art. 3 Zweitwohnungsverordnung; Erläuternder Bericht des

Bundesamts für Raumentwicklung [ARE] vom 17.8.2012 zur Zweitwohnungsverordnung [einsehbar unter: <[www.are.admin.ch](http://www.are.admin.ch)>, Rubriken «Themen/Raumordnung und Raumplanung/Siedlung/Zweitwohnungen»], S. 7; Informationsschreiben der JGK vom 7.9.2012 [einsehbar unter: <<http://www.jgk.be.ch>>, Rubriken «Raumplanung/Arbeitshilfen AHOP/Zweitwohnungen»], Ziff. 7 und 9; Hunyady/Linder/Mauerhofer/Miesch, a.a.O., S. 82 ff.). Eine «Rückwirkung» des Erstwohnungsanteils, worunter das AGR wohl einen unzulässigen Eingriff der planerischen Massnahme in die (erweiterte) Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 BauG versteht (vgl. Genehmigungsverfügung vom 6.1.2011, Vorakten AGR [act. 11B2], S. 13 ff. Ziff. 4.6.2), ist im Übrigen nicht ersichtlich, werden doch weder der Wiederaufbau noch die neubauähnliche Umgestaltung von dieser umfasst (vgl. Müller/Feller, a.a.O., S. 490). Ein Abbruch und anschliessender Neubau kommt vielmehr einem Neubau auf einem bislang brachen Grundstück gleich, weshalb sich die Berücksichtigung von Ersatzbauten auf überbauten Parzellen auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aufdrängen würde. Im Übrigen hat das AGR bereits vor Inkrafttreten der verfassungsrechtlichen Bestimmungen zum Zweitwohnungsbau in seiner Arbeitshilfe für die Ortsplanung (AHOP) aufgezeigt, dass und wie bestehende Bauten mit Erstwohnungsanteilen belegt werden können (AGR, Umgang mit Zweitwohnungen, 2011, S. 23 ff. Ziff. 5.2; Dokument im Internet zurzeit nicht einsehbar, vgl. Mitteilung unter: <<http://www.jgk.be.ch>>, Rubriken «Raumplanung/Arbeitshilfen/Zweitwohnungen»). Im Vorprüfungsverfahren hatte das AGR denn auch noch kritisiert, dass in Zweisimmen bestehende Gebäude gänzlich vom Erstwohnungsanteil ausgenommen werden sollen (Vorprüfungsbericht vom 24.6.2009, Vorakten AGR [act. 11C], S. 3 Ziff. 3.1; Fragenkatalog für Bereinigungsgespräch vom 27.5.2009, Vorakten AGR [act. 11C], S. 2). Schliesslich sehen auch andere Tourismusgemeinden mit einer hohen Anzahl an Zweitwohnungen Erstwohnungsanteile für bestehende Bauten vor (vgl. etwa Art. 12 Abs. 1 des Baureglements der EG Adelboden vom 23. November 2013; Art. 48 des Baureglements der EG Grindelwald vom 8. Juni 2007; zu Letzterem auch Müller/Feller, a.a.O., S. 489 ff.). Wenn die Gemeinde zentrumsnahe Erstwohnungen sichern will, hat sie sich folglich auch mit den Möglichkeiten auf bereits überbauten Parzellen zu befassen, was sie nach dem Gesagten unterlassen hat.

**6.4** Die Beschwerdeführenden weisen schliesslich zutreffend darauf hin, dass angesichts der Ausnahme bedeutender Baulandreserven sowie sämtlicher überbauter Grundstücke vom Erstwohnungsanteil fraglich ist, ob der vorgesehene

Erstwohnungsanteil vom 30 % auf den Parzellen der Beschwerdeführenden sowie auf der Parzelle Nr. 6\_\_\_ überhaupt einen nennenswerten Einfluss auf den Wohnungsmarkt in Zweisimmen hätte (Beschwerde, Art. 5 S. 10, Art. 7 S. 14 f.).

## 7.

Ein nachvollziehbares planerisches Gesamtkonzept zur Sicherung eines Mindestanteils an zentral gelegenen Erstwohnungen ist nach dem Gesagten nicht ersichtlich. Die punktuelle Ausscheidung von zwei Erstwohnungsanteilsgebieten unter Ausklammerung aller übrigen unüberbauten und insbesondere der bereits überbauten Dorfteile stützt sich nicht auf eine umfassende Interessenabwägung und wird, wenn überhaupt, höchstens marginal dazu beitragen, Erstwohnungen im Dorfzentrum zu sichern. Die Planung und der damit verbundene Eingriff in das Eigentum der Beschwerdeführenden erweisen sich folglich als rechtswidrig (vgl. BGer 1P.14/2001 vom 5.4.2001, in ZBI 2002 S. 579 E. 3d am Ende). Daran ändert nichts, dass der Erstwohnungsanteil auf den Parzellen in der «Moosmatte» mit Blick auf das verfassungsrechtliche Bauverbot von Zweitwohnungen sowie den vergleichsweise kleinen Anteil von 30 % an Erstwohnungen bloss einen kleinen Eigentumseingriff darstellt. Mit Blick auf die gravierenden Mängel der kommunalen Planung müssen die Beschwerdeführenden auch diesen nicht hinnehmen. Offenbleiben kann bei diesem Ergebnis die Frage, ob die Massnahme das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) oder das allgemeine Willkürverbot verletzt (vgl. zu den allgemeinen Voraussetzungen hierzu BGE 122 I 279 E. 5a; BGer 1C\_37/2009 vom 9.7.2009, E. 3.5.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 61 N. 19).

## 8.

**8.1** Die Beschwerde erweist sich somit als begründet und ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur Ausarbeitung eines Erstwohnungsanteils und/oder einer anderen Umsetzung des Auftrags zur Steuerung von Zweitwohnungen gemäss kantonalem Richtplan auf der Grundlage einer umfassenden raumplanungsrechtlichen Interessenabwägung an die Gemeinde zurückzuweisen (vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 61 N. 28). Zur vorläufigen Sicherung

ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit kann die Gemeinde gegebenenfalls eine Planungszone gemäss Art. 27 RPG und Art. 62 ff. BauG erlassen (vgl. Informationsschreiben der JGK vom 7.9.2012, Ziff. 7).

**8.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegen die Beschwerdeführenden. Zwar würde aller Voraussicht nach auch eine überarbeitete Regelung die für einen Erstwohnungsanteil besonders geeigneten Parzellen der Beschwerdeführenden erfassen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Erstwohnungsanteil auf ihren Parzellen in seiner derzeitigen Ausgestaltung rechtswidrig ist. Der unterliegenden Gemeinde können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG). Hingegen hat sie den Beschwerdeführenden die Parteikosten für das verwaltungsgerichtliche und das vorinstanzliche Verfahren zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennoten des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

## **9.**

Gegen das vorliegende Urteil steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Soweit es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG handeln sollte (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3, 133 V 477 E. 4.1), ist die Beschwerde aber nur zulässig, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind.

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 26. April 2012 wird aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinn der Erwägungen an die Einwohnergemeinde Zweisimmen zurückgewiesen.

2. Für die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und vor der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern werden keine Kosten erhoben.
3. Die Einwohnergemeinde Zweisimmen hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten wie folgt zu ersetzen:
  - a) für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht: Fr. 4'908.80 (inkl. Auslagen und MWSt);
  - b) für das Verfahren vor der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern: Fr. 5'509.50 (inkl. Auslagen und MWSt).
4. Zu eröffnen:
  - den Beschwerdeführenden
  - der Beschwerdegegnerin
  - der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern
  - dem Bundesamt für Raumentwicklung

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

#### **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.