

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 10. Dezember 2014

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiberin Conrad

1. **A.** _____

2. **B.** _____

beide vertreten durch Fürsprecher ...

Beschwerdeführerinnen

gegen

C. _____

handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerin

und

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern

Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

Einwohnergemeinde Saanen

Baubewilligungsbehörde, Gemeindeverwaltung, 3792 Saanen

betreffend Abbruch und Neubau eines Wohnhauses; Art. 75b BV (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 29. Januar 2014; RA Nr. 110/2012/245)



Sachverhalt:

A.

Am 23. Juli 2012 stellten A._____ und B._____ bei der Einwohnergemeinde (EG) Saanen ein Baugesuch für den Abbruch des bestehenden Chalets mit Nebengebäuden und den Neubau eines Chalets mit zwei Wohnungen und Einstellhalle auf der in der Wohnzone W3 liegenden Parzelle Saanen Gbbl. Nr. 1___ an der ...strasse 2___ in Dagegen erhob C._____ Einsprache. Sie rügte, das Bauvorhaben verstosse gegen den von Volk und Ständen am 11. März 2012 angenommenen Art. 75b der Bundesverfassung (BV; SR 101) betreffend Zweitwohnungen. Mit Gesamtentscheid vom 29. November 2012 bewilligte die EG Saanen das Vorhaben und wies die Einsprache ab.

B.

Gegen diesen Gesamtentscheid führte C._____ am 31. Dezember 2012 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Nachdem sich das Bundesgericht am 22. Mai 2013 in zwei Grundsatzurteilen zur Anwendbarkeit von Art. 75b BV auf hängige Verfahren geäussert hatte, fragte die BVE A._____ und B._____ an, ob sie mit der Auflage einverstanden wären, die neuen Wohnungen als Erstwohnungen zu nutzen. A._____ und B._____ äusserten sich hierzu nicht, hielten aber mit Eingabe vom 17. Dezember 2013 fest, dass die Dachwohnung bisher ausschliesslich als Ferienwohnung genutzt worden sei. Die BVE hiess die Beschwerde am 29. Januar 2014 gut und erteilte den Bauabschlag.

C.

Hiergegen haben A._____ und B._____ am 27. Februar 2014 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, der Entscheid der BVE vom 29. Januar 2014 sei aufzuheben und es sei ihnen für das Bauvorhaben die Baubewilligung zu erteilen. Eventuell sei das Beschwerdeverfahren bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen zu sistieren. Mit Beschwerdeantwort vom 22. März 2014 beantragt C._____, die Verwaltungs-

gerichtsbeschwerde sei abzuweisen. Die BVE schliesst mit Vernehmlassung vom 28. März 2014 auf Abweisung der Beschwerde. Die EG Saanen stellt keinen Antrag in der Sache, äussert sich aber mit Eingabe vom 4. April 2014 zur Nutzung der drei bestehenden Wohnungen.

Der Instruktionsrichter hat A._____ und B._____ aufgefordert, sich im Licht von zwei Urteilen des Bundesgerichts vom 10. Juni 2014 dazu zu äussern, ob sie an ihrem Sistierungsantrag festhalten oder nicht. Mit Eingabe vom 11. September 2014 halten A._____ und B._____ an ihrem Sistierungsantrag fest. C._____ schliesst mit Stellungnahme vom 20. Oktober 2014 auf Abweisung des Sistierungsantrags. Die BVE und die EG Saanen haben hierzu keine Bemerkungen 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. Die Beschwerdeführerinnen 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). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

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

2.

2.1 Am 11. März 2012 ist mit Annahme der Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» Art. 75b BV in Kraft getreten (vgl. Art. 195 BV i.V.m.

Art. 15 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte [BPR; SR 161.1]; BGE 139 II 243 E. 8). Dessen Abs. 1 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 entschieden, dass Art. 75b Abs. 1 BV seit seinem Inkrafttreten anwendbar ist. Unmittelbar anwendbar ist die Bestimmung insoweit, als sie (in Verbindung mit Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV) ein Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in allen Gemeinden anordnet, in denen der 20 %-Zweitwohnungsanteil bereits erreicht oder überschritten ist. Indessen bedarf Art. 75b BV in weiten Teilen der Konkretisierung durch ein Bundesgesetz. Soweit Ausführungsrecht unabdingbar ist, um den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen der Verfassungsnorm definitiv und exakt bestimmen zu können, beschränkt sich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV auf ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in den betroffenen Gemeinden bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen. Dieses vorläufige Bauverbot kommt im Ergebnis einer Planungszone gleich. Es ist weit auszulegen, um dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen und eine Präjudizierung der künftigen Ausführungsgesetzgebung zu vermeiden (BGE 140 II 378 E. 5, 139 II 243 E. 9 ff.; Bernhard Waldmann, Das Bundesgericht hat gesprochen – erste Leiturteile zur Zweitwohnungsinitiative, in BR 2013 S. 233 ff.). Insofern erfasst es nicht nur Bauten, die erklärermassen als Zweitwohnungen genutzt werden sollen, sondern auch solche, die als Zweitwohnungen genutzt werden könnten (vgl. BGer 1C_666/2013 vom 25.11.2013, E. 4, 1C_289/2013 vom 28.10.2013, E. 3.2; zum Ganzen VGE 2012/422 vom 10.2.2014, E. 2).

2.2 Die EG Saanen hat die Baubewilligung am 29. November 2012 und damit nach Inkrafttreten von Art. 75b BV erteilt. Der Zweitwohnungsanteil der EG Saanen liegt deutlich über 20 Prozent (vgl. <<http://www.are.admin.ch>>, Rubrik «Zweitwohnungen», «Gemeindeliste mit Zweitwohnungsanteil»; Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Anhang der Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen [Zweitwohnungsverordnung; SR 702], Gemeinde Nr. 843). Das projektierte Haus lässt eine Nutzung mit Zweitwohnungen zu. Das Bauvorhaben der Beschwerdeführerinnen fällt somit unstreitig in den Anwendungsbereich von Art. 75b Abs. 1 BV.

3.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zunächst zu prüfen, ob das Beschwerdeverfahren bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG) zu sistieren ist und die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens unter neuem Recht abschliessend beurteilt werden kann.

3.1 Die instruierende Behörde kann von Amtes wegen oder auf Antrag das Verfahren einstellen, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines andern Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn im andern Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist (Art. 38 VRPG). Daneben können weitere Gründe der Prozessökonomie eine Sistierung als sachgerecht erscheinen lassen (Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 90). Beispielsweise wenn eine Rechtsänderung kurz bevorsteht, die für den Verfahrensausgang wesentlich ist. Neue Vorschriften müssen aber beschlossen oder zumindest aufgelegt worden sein, um eine Einstellung zu rechtfertigen. Vage Aussichten auf eine Rechtsänderung oder eine Veränderung der Verhältnisse überhaupt genügen nicht. Ebenso wenig darf sistiert werden, wenn eine Rechtsänderung zwar beabsichtigt, ihr Inhalt aber noch unbestimmt ist (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 38 N. 6). Im Hinblick auf die Anwendung neuen Rechts hat das Bundesgericht beispielsweise entschieden, dass die Anordnung einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unverhältnismässig sein kann, wenn das umstrittene Bauvorhaben aufgrund eines neuen Erlasses bewilligt werden könnte, der verabschiedet ist und zwar noch nicht in Kraft steht, jedoch innerhalb eines halben Jahres in Kraft treten sollte (BGer 1C_187/2011 vom 15.3.2012, in ZBI 2012 S. 610 E. 3.4; dazu VGE 2011/257 vom 11.1.2013, E. 6.5.1).

3.2 Vorliegend steht zwar fest, dass ein Bundesgesetz über Zweitwohnungen erlassen wird: Art. 75b Abs. 2 BV verpflichtet den Bund zur Ausführungsgesetzgebung (BGE 139 II 271 E. 11.1) und es liegt ein Gesetzesentwurf vor, der zurzeit im Parlament beraten wird. Hingegen ist derzeit nicht absehbar, wann das Gesetz im Parlament verabschiedet und ob dagegen ein Referendum ergriffen wird. Unter diesen Umständen steht die Gesetzesänderung nicht so unmittelbar bevor, dass eine Sistierung des Verfahrens im Hinblick darauf gerechtfertigt wäre.

3.3 Die Beschwerdeführerinnen begründen ihren Sistierungsantrag damit, dass Abbruch und Wiederaufbau vorbestehender Wohnungen sowie die Frage der

Bestandesgarantie ausdrücklich im Entwurf des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen (nachstehend: E-ZWG; BBl 2014 S. 2325) geregelt würden und ihr Bauvorhaben mit dem für sie günstigeren neuen Recht dementsprechend bewilligt werden könne. Damit beziehen sich die Beschwerdeführerinnen auf Art. 12 Abs. 1 und 2 E-ZWG (vgl. hinten E. 4.5). – Trotz der vorliegend zu bestätigenden Verweigerung der Baubewilligung (vgl. E. 4 hiernach) bleibt es den Beschwerdeführerinnen indessen unbenommen, das Baugesuch nach Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung neu einzureichen; eine *res iudicata* läge zufolge Rechtsänderung nicht vor (BGer 1C_89/2014 vom 10.6.2014, E. 6; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 324). Daher besteht die Möglichkeit, das umstrittene Bauvorhaben ungeachtet einer Sistierung des Beschwerdeverfahrens unter neuem Recht zu beurteilen. Zudem würde das Verwaltungsgericht wohl auch nicht als erste Instanz über die Anwendung der Bestimmungen des neuen Bundesgesetzes entscheiden; diesfalls wäre zu gegebener Zeit ohnehin die Rückweisung an eine untere Instanz geboten. Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, worin der Vorteil einer Sistierung des Verfahrens für die Beschwerdeführerinnen liegt. Der Antrag auf Sistierung des Verfahrens ist abzuweisen.

4.

In der Sache ist umstritten, ob der Abbruch und der Wiederaufbau des Chalets im Licht der Zweitwohnungsgesetzgebung zulässig sind und ob hierfür der Tatbestand der Umnutzung nach Art. 3 der Zweitwohnungsverordnung greift.

4.1 Art. 3 Abs. 1 Zweitwohnungsverordnung bestimmt, dass Wohnungen, die am 11. März 2012 bereits bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren, im Rahmen der vorbestandenen, anrechenbaren Bruttogeschossfläche (BGF) und unter Vorbehalt bestehender Nutzungseinschränkungen von Erst- in Zweit- und von Zweit- in Erstwohnungen umgenutzt werden können. Die Umnutzung ist insbesondere gerechtfertigt, wenn sie im Zusammenhang mit einer Erbschaft, einem Wohnsitzwechsel oder einer Änderung des Zivilstands erfolgt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a Zweitwohnungsverordnung).

4.2 Die Vorinstanz hat erwogen, dass bei einer Umnutzung von Erst- in Zweitwohnungen Umbauten ohne Nutzungsbeschränkungen bewilligt werden könnten, wenn dadurch die bestehende BGF und die Anzahl Wohneinheiten nicht erweitert

würden und wenn ein besonderer Rechtfertigungsgrund nach Art. 3 Abs. 2 Zweitwohnungsverordnung vorläge. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung seien diese Voraussetzungen sinngemäss auch für den Abbruch und den Wiederaufbau bestehender Wohnungen anwendbar. Die drei Wohnungen des bestehenden Chalets würden als Erstwohnungen genutzt, womit der Abbruch und der Neubau eine Umnutzung von Erst- in Zweitwohnungen zur Folge habe. Ein Rechtfertigungsgrund liege nicht vor, weshalb eine Umnutzung nicht möglich sei und zwar auch dann nicht, wenn die Dachwohnung, wie von den Beschwerdeführerinnen behauptet, bisher als Zweitwohnung genutzt worden sei, da sie eine weit kleinere BGF aufweise als jede der beiden neu projektierten Wohnungen. Weil sich die Art der Nutzung nur auf ganze Wohnungen beziehe, würde die anrechenbare BGF der Dachwohnung für keine der geplanten Wohnungen ausreichen. Das Bauvorhaben mit Zweitwohnungen könne aus diesen Gründen nicht bewilligt werden (angefochtener Entscheid, E. 3b-e).

4.3 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vorinstanz habe Art. 3 Abs. 1 Zweitwohnungsverordnung falsch ausgelegt und in unzulässiger Weise auf den Abbruch und den Wiederaufbau angewandt. Die Bestimmung sehe keine Nutzungsbeschränkung für vorbestehende Liegenschaften vor. Abbruch und Wiederaufbau seien bewusst nicht geregelt worden, da der Zweitwohnungsartikel der Bundesverfassung hierzu nicht ermächtigt habe. Abbruch und Wiederaufbau innerhalb der gleichen BGF, die mit dem vorliegenden Bauvorhaben nicht vergrössert werde, sowie eine damit einhergehende Umnutzung seien uneingeschränkt zulässig. Die Dachwohnung sei als bestehende Zweitwohnung zu qualifizieren. Selbst wenn der Abbruch und der Wiederaufbau nur in den Fällen von Art. 3 Abs. 2 Zweitwohnungsverordnung möglich sein sollte, so könne das Bauvorhaben aufgrund von Bst. a dieser Bestimmung bewilligt werden, da zwei der bestehenden Wohnungen im Rahmen einer Erbteilung übernommen worden seien. Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, Nutzungsbeschränkungen für vorbestehende Liegenschaften seien mit der Eigentumsgarantie nicht vereinbar. Für einen solchen Eingriff in die Eigentumsgarantie stelle die Zweitwohnungsverordnung eine ungenügende rechtliche Grundlage dar, die bezüglich des Abbruchs und Wiederaufbaus auch ungenügend bestimmt sei. Schliesslich bemängeln die Beschwerdeführerinnen die Rechtmässigkeit der Zweitwohnungsverordnung im Allgemeinen.

4.4 In einem kürzlich publizierten Leiturteil vom 15. August 2014 betreffend den Um- und Ausbau einer bestehenden Zweitwohnung hat sich das Bundesgericht zur Anwendbarkeit der Zweitwohnungsverordnung im Allgemeinen und insbesondere zu deren Art. 3 geäußert. Da die in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV statuierte Übergangsfrist zum Erlass eines Ausführungsgesetzes inzwischen abgelaufen ist, hat das Bundesgericht entschieden, aus kompetenzrechtlicher Sicht bestünden keine Bedenken mehr gegen die bereits vor Ablauf dieser Frist erlassene Zweitwohnungsverordnung. Die geltende Verordnung ist gemäss diesem Urteil daher bis zum Inkrafttreten des Zweitwohnungsgesetzes anzuwenden, sofern sie den Anwendungsbereich von Art. 75b BV in zulässiger Weise präzisiert. Zu Art. 3 der Zweitwohnungsverordnung hat das Bundesgericht Folgendes erwogen: Die Bestimmung trägt die Überschrift «bestehende Wohnungen und Hotels». Sie regelt jedoch lediglich die Umnutzung von am 11. März 2012 bereits bestehenden oder rechtskräftig bewilligten Wohnungen. Nicht geregelt ist der Um- bzw. Ausbau einer Zweitwohnung, die weiterhin als Zweitwohnung genutzt werden soll. Insoweit bleibt es daher bei der Übergangsregelung gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV (BGE 140 II 378 E. 4; vgl. vorne E. 2.1). Es handelt sich insoweit um eine bloss vorübergehende Einschränkung der Eigentumsgarantie. Für derartige vorsorgliche und zeitlich beschränkte Massnahmen sind keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm zu stellen (BGE 139 II 243 E. 10.5; zum Ganzen und zum Nachstehenden VGE 2013/34 vom 5.11.2014, E. 4.5 f. [nicht rechtskräftig]).

4.5 Der Wiederaufbau bestehender Wohnungen ist in Art. 3 der Zweitwohnungsverordnung ebenfalls nicht geregelt; die Ausführungen des Bundesgerichts müssen für diesen Sachverhalt daher ebenso gelten, ungeachtet dessen, ob und inwiefern mit dem Wiederaufbau des Chalets eine Umnutzung von Erst- in Zweitwohnungen verbunden ist. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verbietet es sich daher, die derzeit geltende Zweitwohnungsverordnung sinngemäss auf den Abbruch und Wiederaufbau bestehender Wohnungen anzuwenden. Ob dieser ohne Nutzungsbeschränkung zulässig sein soll, wird der Gesetzgeber entscheiden müssen. Der E-ZWG sieht zwar vor, dass altrechtliche Wohnungen unter Vorbehalt bestehender oder künftiger Nutzungsbeschränkungen des kantonalen oder kommunalen Rechts in der Art der Wohnnutzung frei sind und im Rahmen der vorbestandenen Hauptnutzfläche erneuert, umgebaut und wieder aufgebaut werden dürfen (Art. 12 Abs. 1 und 2 E-ZWG). Wie erwähnt, ist indessen nicht absehbar, ob und wann das Gesetz in dieser Form beschlossen wird; es ist zudem nicht ausgeschlossen,

dass dagegen das Referendum ergriffen wird (vgl. vorne E. 3.2). Aus dem neuen Recht lässt sich eine erweiterte Besitzstandsgarantie daher nicht ableiten, ebenso wenig aus der Eigentumsgarantie (vgl. dazu Bernhard Waldmann, Zweitwohnungen – vom Umgang mit einer sperrigen Verfassungsnorm, in Schweizerische Baurechtstagung 2013, S. 123 ff., 150 f.; Alain Griffel, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, in ZBI 2014 S. 59 ff., 76 f., 79; Fabian Mösching, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014, S. 106). Die entscheidewesentlichen tatsächlichen Verhältnisse ergeben sich mit genügender Klarheit aus den Akten. Eine Parteibefragung erübrigt sich; der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerinnen wird abgewiesen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 10).

4.6 Beim Abbruch und Wiederaufbau von Gebäuden mit Zweitwohnungen handelt es sich somit um einen baubewilligungspflichtigen Tatbestand, dessen Vereinbarkeit mit Art. 75b BV zweifelhaft erscheint und der bis zur Klärung durch den Gesetzgeber nicht bewilligt werden kann (vgl. BGE 140 II 378 E. 5.3). Die beantragte Baubewilligung ist daher zu verweigern. Die BVE hat die Erteilung der Baubewilligung durch die Gemeinde im Ergebnis zu Recht aufgehoben, auch wenn andere Gründe zu dieser Erkenntnis führen (sog. Substitution der Motive; BVR 2012 S. 241 E. 3.4, 2010 S. 495 E. 2.4).

5.

Offensichtlich unbegründete Beschwerden beurteilt das Verwaltungsgericht in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen vollumfänglich. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen und der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Der Antrag auf Sistierung des Verfahrens wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'500.--, werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerinnen haben der Beschwerdegegnerin die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, festgesetzt auf Fr. 2'627.-- (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
5. Zu eröffnen:
 - den Beschwerdeführerinnen
 - der Beschwerdegegnerin
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
 - der Einwohnergemeinde Saanen
 - dem Bundesamt für Raumentwicklungund mitzuteilen:
 - dem Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

