

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/38

Bern, 13. Juni 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

und

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Adelboden, Gemeindeverwaltung, Zelg-
strasse 3, Postfach 193, 3715 Adelboden**



betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Adelboden vom
3. März 2017 (Baugesuchsnummer 561/085-16; Ersatzabgabe EWAP)

I. Sachverhalt

1. Am 3. März 2017 erteilte die Gemeinde Adelboden dem Beschwerdeführer die Baubewilligung für den teilweisen Abbruch und vergrösserten Wiederaufbau seines Ferienhauses auf Parzelle Adelboden Gbbl. B. _____. Die Gemeinde verfügte zugleich eine Ersatzabgabe im Betrag von Fr. 8'252.00 für die Ablösung des Zweckentfremdungsverbots gemäss Erstwohnungsanteilsplan (EWAP). Die Parzelle liegt in der Wohnzone W2. Am 24. März 2017 bewilligte die Gemeinde eine hier nicht interessierende Änderung des Bauprojekts.

2. Am 5. April 2017 reichte der Beschwerdeführer bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) Beschwerde gegen den Entscheid vom 3. März 2017 ein. Er beantragt, der Bauentscheid sei in Bezug auf die kommunale Ersatzabgabe

aufzuheben. Er macht insbesondere geltend, dass im übergeordneten Recht die gesetzlichen Grundlagen für die Erhebung der Ersatzabgabe entfallen seien.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 18. April 2017, die Beschwerde sei abzuweisen.

4. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Die Bestimmungen der Gemeinde Adelboden zu Erstwohnungsanteilen sind Teil der Zonenvorschriften und gehören damit zur baurechtlichen Grundordnung. Die Verfügung über die Ersatzabgabe stellt daher einen Bauentscheid dar. Bauentscheide können nach Art. 40 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Der Beschwerdeführer ist Verfügungsadressat und durch die auferlegte Ersatzabgabe beschwert (Art. 40 Abs. 2 BauG i.V.m. Art. 65 VRPG³). Zwar hat er mit Gesuch vom 26. Januar 2017 selber um die Ersatzabgabe EWAP ersucht. Kantonale bzw. kommunale Erlasse können aber grundsätzlich vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit kontrolliert werden (vgl. Art. 66 Abs. 3 KV⁴).⁵ Der Beschwerdeführer ist daher befugt, die angewendeten Normen akzessorisch auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

⁵ Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. 2011, § 11 N. 6, 38, 41, 43

überprüfen zu lassen. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Gesetzliche Grundlage der EWAP-Ersatzabgabe

a) Die Gemeinde verfügte die umstrittene EWAP-Ersatzabgabe gestützt auf Art. 12 GBR⁶ und die dazugehörige Verordnung Erstwohnungsanteilplan (EWAP)⁷. Gemäss Art. 12 Abs. 1 GBR sind bei Neubauten oder neubauähnlicher Umgestaltung pro Gebäude mindestens 40 % der Bruttogeschossfläche i.S. von aArt. 93 BauV⁸ für Erstwohnungen sicherzustellen. Die Regelung gilt unter anderem in Wohn- und Mischzonen. Es steht dem Eigentümer bzw. der Eigentümerin frei, sich durch die Leistung einer Ersatzabgabe vom Zweckentfremdungsverbot bezüglich Erstwohnung abzulösen (Art. 12 Abs. 5 GBR). Mit der Baueingabe ist ein entsprechendes Gesuch einzureichen (Art. 7 Abs. 1 EWAP-VO). Die Höhe der Ersatzabgabe beträgt Fr. 200.00 pro m² Bruttogeschossfläche (BGF), welche vom Zweckentfremdungsverbot EWAP abgelöst wird (Art. 12 Abs. 5 GBR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 EWAP-VO).

b) Der Beschwerdeführer bringt insbesondere vor, die EWAP-Regelung von Art. 12 GBR sei im Jahr 2014 gestützt auf Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG⁹ erlassen worden. Mit Inkrafttreten des Zweitwohnungsgesetzes¹⁰ sei Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG aufgehoben worden, wodurch der kommunalen EWAP-Regelung die Rechtsgrundlage entzogen worden sei. Art. 3 Abs. 2 ZWG sehe nur vor, dass die Kantone strengere Vorschriften für die Erstellung und Nutzung von Zweitwohnungen als das ZWG erlassen könnten, was bei Art. 12 GBR nicht der Fall sei. Der neu eingefügte Art. 71a BauG, der eine Lenkungsabgabe zulasse, sei erst seit 1. April 2017 in Kraft. Die am 1. April 2017 in Kraft getretene Bestimmung über die Zweitwohnungssteuer (Art. 265a StG¹¹) regle die fakultativen Gemeindesteuern abschliessend und setze eine entsprechende kommunale

⁶ Baureglement der Gemeinde Adelboden vom 14. Januar 2014

⁷ Verordnung Erstwohnungsanteilplan (EWAP) der Gemeinde Adelboden vom 1. August 2014 (im Folgenden EWAP-VO)

⁸ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

⁹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

¹⁰ Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702)

¹¹ Steuergesetz vom 21. Mai 2000 (StG; BSG 661.11)

Regelung voraus. Im Zeitpunkt, als der Bauentscheid ergangen sei, habe somit keine gesetzliche Grundlage für eine zusätzliche Gemeindeabgabe bestanden.

c) Das öffentliche Abgaberecht unterscheidet zwischen Steuern und Kausalabgaben. Steuern sind voraussetzungslos, d.h. unabhängig vom konkreten Nutzen oder einem Verursacheranteil der steuerpflichtigen Person geschuldet. Demgegenüber beruhen Kausalabgaben stets auf einem persönlichen Verpflichtungsgrund und stellen die Gegenleistung für eine staatliche Leistung dar. Nicht von unmittelbarer Bedeutung für die Abgrenzung von Steuern und Kausalabgaben ist die Lenkungskomponente. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Qualifizierung einer Abgabe nicht auf ihren Zweck, sondern auf ihre Natur abzustellen; sowohl Steuern als auch Kausalabgaben können eine Lenkungskomponente haben. Eine Ersatzabgabe stellt das Entgelt für die Befreiung von einer öffentlich-rechtlichen Realleistungspflicht dar. Die Abgabepflicht entsteht, wenn das Gemeinwesen den Dispens erteilt.¹² Die einmalig zu entrichtende EWAP-Ersatzabgabe befreit von der Pflicht, den Erstwohnungsanteil von 40 % der BGF einzuhalten und ist deshalb mit einem Nutzen für den betreffenden Eigentümer bzw. die Eigentümerin verbunden. Die Ersatzabgabe trifft nicht voraussetzungslos alle Grundeigentümer und -eigentümerinnen, sondern nur diejenigen, die sich vom reglementarischen Erstwohnungsanteil befreien wollen. Es handelt sich um eine Kausalabgabe, die einmalig erhoben wird.¹³

d) Aufgrund des Legalitätsprinzips bedürfen öffentliche Abgaben einer generell-abstrakten Grundlage in einem formellen Gesetz, das den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessungsgrundlage der Abgabe festlegt.¹⁴ Voraussetzung für die Zulässigkeit der Ersatzabgabe ist zunächst, dass auch die primäre Realleistungspflicht im Gesetz vorgesehen ist. Im Baureglement der Gemeinde Adelboden ist der Erstwohnungsanteil von 40 % der BGF vorgeschrieben. Somit ist auch eine EWAP-Ersatzabgabe zulässig.¹⁵ Der Kreis der Abgabepflichtigen und die Bemessung der Ersatzabgabe sind in Art. 12 GBR bestimmt. Es besteht somit eine genügende gesetzliche Grundlage für die EWAP-Ersatzabgabe im kommunalen Recht. Umstritten ist, ob die

¹² BGE 140 I 176 E. 5.2; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, §57 N 7, 18, 33; BGer 1P.586/2004 vom 28.06.2005 E. 4.1

¹³ Vgl. BGer 1P.586/2004 vom 28.06.2005 E. 4.2 in ZBI 2006 S. 369 ff.; BGE 135 I 233 E. 9.1

¹⁴ Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 59 N. 2, 6

¹⁵ BGE 135 I 233 E. 9.1, in Praxis 99/2010 Nr. 36

Bestimmung zur Ersatzabgabe mit der Aufhebung von Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG übergeordnetem Recht widerspricht.

e) Die Änderung von Bundesrecht führt nicht dazu, dass kantonale und kommunale Erlasse automatisch ungültig werden. Soweit eine kommunale Bestimmung aber in Widerspruch zu übergeordnetem Recht steht, wird sie im Einzelfall nicht mehr angewendet (vgl. Art. 66 Abs. 3 KV). Der frühere Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG verpflichtete die Kantone, 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. Diese Bestimmung galt auch nach Inkrafttreten der Verfassungsbestimmung über den Zweitwohnungsbau (Art. 75b BV¹⁶) weiter. In Zusammenhang mit dem Erlass des ZWG wurden die Bestimmungen von Art. 8a Abs. 2 und 3 RPG aufgehoben und in Art. 3 Abs. 1 ZWG übernommen, da die Ziele der Förderung der Hotellerie und preisgünstigen Erstwohnungen sowie der besseren Auslastung der Zweitwohnungen in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Zweitwohnungsthematik stehen.¹⁷ Die Ermächtigung der Kantone, bei Bedarf Massnahmen für die Förderung von preisgünstigen Erstwohnungen zu ergreifen, ist entgegen der Meinung des Beschwerdeführers somit nicht entfallen. Ausserdem ermächtigt Art. 12 ZWG die Kantone, die nötigen Massnahmen zu ergreifen, um Missbräuche und unerwünschte Entwicklungen zu verhindern, die sich aufgrund einer unbeschränkten Nutzung altrechtlicher Wohnungen zu Zweitwohnzwecken ergeben können. Zu diesem Zweck kann die Umnutzung von bisher zu Erstwohnzwecken genutzten Wohnungen zu Zweitwohnzwecken eingeschränkt und der Baubewilligungspflicht unterstellt werden. Auch in einer Gemeinde mit mehr als 20 % Zweitwohnungen verbleibt nach Annahme von Art. 75b BV und des ZWG somit Raum für kantonale Massnahmen bzw. eine kommunale Regelung des Erstwohnungsanteils.¹⁸

f) Das ZWG und die EWAP-Vorschriften unterscheiden sich im Anwendungsbereich. Während das ZWG den Zweitwohnungsanteil im ganzen Gemeindegebiet betrachtet, betreffen die EWAP-Vorschriften den Erstwohnungsanteil jedes einzelnen Wohngebäudes

¹⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁷ BBI 2014 2299, 2316

¹⁸ BVR 2015 S. 175 ff. E. 4.3 ff.;

in den bezeichneten Zonen. Weitere Unterschiede bestehen darin, dass im ZWG gewisse Wohnungen den Erstwohnungen gleichgestellt sind (Art. 2 Abs. 3 ZWG). Eine solche Gleichstellung gilt bei den EWAP-Vorschriften nicht, ausser sie sei explizit übernommen worden.¹⁹ Da die touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen (Art. 7 ZWG) und die Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung (Wohnungen im Zusammenhang mit strukturierten Beherbergungsbetrieben und neue Wohnungen in geschützten Bauten, Art. 8 und 9 ZWG) auch keine Erstwohnungen im Sinn des EWAP darstellen, können sich die kommunalen EWAP-Vorschriften im Einzelfall strenger auswirken als das ZWG.

g) Der Kanton Bern hat im Richtplan-Massnahmenblatt D_06 "Zweitwohnungen steuern" die Gemeinden bezeichnet, die aus kantonaler Sicht zusätzliche planerische Massnahmen für eine ausgewogene Entwicklung von Erst- und Zweitwohnungen treffen müssen; dazu gehört auch Adelboden.²⁰ Im kantonalen Recht ermächtigte der bis am 31. März 2017 geltende Art. 73 Abs. 1 BauG die Gemeinden, Wohnzonen zu bezeichnen, in denen im Interesse eines genügenden Wohnungsangebotes für die ansässige Bevölkerung ein Mindestanteil an Erstwohnungen vorgeschrieben ist. Die Gemeinde Adelboden hat 2014 im Rahmen der Zonenplanrevision ihre EWAP-Vorschriften gestützt auf Art. 73 Abs. 1 BauG erlassen. In der Zeit zwischen Einreichung des Baugesuchs am 8. Dezember 2016 und dem Bauentscheid vom 3. März 2017 ist keine Rechtsänderung eingetreten. Nach dem Gesagten widerspricht die Bestimmung über die EWAP-Ersatzabgabe dem übergeordneten Recht nicht. Die Beschwerde ist insofern abzuweisen.

Wie die Gemeinde zu Recht ausführt, betrifft der Erstwohnungsanteil die zulässige Nutzung der Wohnung und wird daher mit dem Bau- oder Gesamtentscheid verfügt (Art. 12 Abs. 11 GBR i.V.m. Art. 6 Abs. 3 EWAP-VO). Selbst bei einer nachträglichen Löschung eines bestehenden Zweckentfremdungsverbot wird ein Baugesuch zur Umnutzung der entsprechenden Wohnung vorausgesetzt (Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 EWAP-VO). Die Gemeinde hat die streitige Ersatzabgabe daher zu Recht im Bauentscheid erhoben.

h) An der Zulässigkeit von EWAP-Vorschriften und einer Ersatzabgabe bei Nichteinhalten des Erstwohnungsanteils hat sich im Übrigen mit dem neu gefassten Art.

¹⁹ Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung: Baubewilligungsverfahren und Baupolizei, herausgegeben von der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, BSIG Nr. 7/721.0/15.2, Ziff. 2.2.3

²⁰ Richtplan 2030 des Kantons Bern, Stand 27. Februar 2017, abrufbar unter www.jgk.be.ch >Raumplanung > Kantonaler Richtplan

71a BauG nichts geändert. Die Bestimmung erweitert den Massnahmenkatalog des früheren Art. 73 Abs. 1 BauG und sieht neu auch die Möglichkeit von einmaligen oder wiederkehrenden Lenkungsabgaben vor (Art. 71a Abs. 1 und 2 BauG). Für eine periodische, voraussetzungslos geschuldete Lenkungssteuer wurde im Steuergesetz mit Art. 265a StG eine gesetzliche Grundlage geschaffen. Steuerpflichtig sind demnach alle Eigentümer und Eigentümerinnen einer Zweitwohnung, sofern das kommunale Recht eine entsprechende Steuer vorsieht (vgl. Art. 265a StG). Wie oben dargelegt, ist die Ersatzabgabe – wiewohl ihr eine gewisse Lenkungsfunktion nicht abgesprochen werden kann²¹ – eine Kausalabgabe, mit der sich der Eigentümer bzw. die Eigentümerin von der Pflicht befreien kann, den Erstwohnungsanteil einzuhalten. Die Zweitwohnungssteuer und die EWAP-Ersatzabgabe schliessen sich gegenseitig nicht aus.

3. Bemessung der Ersatzabgabe

a) Der Beschwerdeführer bringt vor, Art. 3 Abs. 2 EWAP-VO führe bei Abbruch und Wiederaufbau zu einem Besitzstandsverlust. Dies widerspreche sowohl Art. 11 Abs. 2 ZWG, der einen Wiederaufbau zulasse, als auch der verfassungsmässigen Besitzstandsgarantie von Art. 26 BV. Für die Berechnung der Ersatzabgabe dürfe nur die gemäss ZWG mögliche Zusatzfläche zugrunde gelegt werden.

b) Ausfluss der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und des Rückwirkungsverbotes von Art. 5 BV ist die Besitzstandsgarantie, welche die sofortige Anwendung neuer Eigentumsbeschränkungen auf bestehende, nach altem Recht rechtmässig erstellte Bauten grundsätzlich verbietet.²² Art. 11 Abs. 2 ZWG konkretisiert die Besitzstandsgarantie für altrechtliche Wohnungen in Bezug auf die Nutzung als Zweitwohnungen. Restriktivere kantonale oder kommunale Bestimmungen wie z.B. die Erstwohnungsanteilsregelung bleiben aber vorbehalten.²³ Gemäss Art. 3 BauG dürfen nach bisherigem Recht bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden. Ein freiwilliger Abbruch und Wiederaufbau fällt hingegen nicht mehr unter die

²¹ BGer 1P.586/2004 vom 28.06.2005 E. 4.2.2

²² Vallender/Hettich, in Kommentar BV, 3. Aufl. 2014, Art. 26 N. 30

²³ Praxishilfe Zweitwohnungsgesetzgebung: Baubewilligungsverfahren und Baupolizei, herausgegeben von der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, BSIG Nr. 7/721.0/15.2, Ziff. 5.1.2

Besitzstandsgarantie, da diese nur die unter altem Recht getätigten Investitionen schützt. Im Falle eines Neubaus oder einer neubauähnlichen Umgestaltung müssen daher die erforderlichen Anpassungen an das neue Recht vorgenommen werden. Auch nicht unter die Besitzstandsgarantie von Art. 3 BauG fällt im Übrigen eine Nutzungsänderung.²⁴ Art. 3 Abs. 4 BauG ermächtigt die Gemeinden, die Besitzstandsgarantie für besondere Fälle des Gemeindebaurechts zu regeln, wozu auch die Vorschriften über den Erstwohnungsanteil gehören.²⁵ Dies hat die Gemeinde in den detaillierten Bestimmungen von Art. 4 und Art. 3 Abs. 2 EWAP-VO somit zulässigerweise getan. Neubauten und neubauähnliche Umgestaltungen, Umbauten mit Erweiterung der Bruttogeschossfläche sowie der Abbruch und Wiederaufbau unterliegen den EWAP-Bestimmungen. Die EWAP-Ersatzabgabe berechnet sich somit nach kommunalem Recht. Der Beschwerdeführer hat sein Gebäude bis auf das Sockelgeschoss abgebrochen und baut es vergrössert neu auf. Bei Neubauten oder neubauähnlicher Umgestaltung wird die gesamte BGF der betroffenen Wohnungen für die Berechnung des Erstwohnungsanteils berücksichtigt (Art. 7 Abs. 3 EWAP-VO). Die von der Gemeinde vorgenommene Berechnung wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten und braucht daher nicht überprüft zu werden. Die Beschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

4. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer vollumfänglich. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁶).

b) Die Gemeinde hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 3 N. 2 f. und 3a

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 3 N. 8

²⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Adelboden vom 3. März 2017 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Adelboden, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin