

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/151

Bern, 2. Juli 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin 1

Herrn **B.** _____
Beschwerdeführer 2

Herrn **C.** _____
Beschwerdeführer 3

Herrn **D.** _____
Beschwerdeführer 4

Frau **E.** _____
Beschwerdeführerin 5



alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F. _____

und

G. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch H. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Saanen, Bauverwaltung, Schönriedstrasse 8,
3792 Saanen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Saanen vom
15. Oktober 2018 (Geschäftsnummer 843 / 2012-079.001; Neubau Mehrfamilienhaus mit
Schwimmbad)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 11. Mai 2012 bei der Gemeinde Saanen ein Baugesuch (Nr. 2012-079) ein für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit drei Wohnungen, einem Schwimmbad und Nebenräumen im 1. UG sowie einer unterirdischen Einstellhalle im 2. UG auf der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. I._____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone W3a. Gegen das Bauvorhaben erhoben die Beschwerdeführenden Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 26. Dezember 2012 erteilte die Gemeinde die Baubewilligung.

Gegen diesen Entscheid erhoben die Beschwerdeführer 2 und 3 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Die BVE kam zum Schluss, der Fall sei noch nicht entscheidreif, da das Bauvorhaben noch nicht auf die Vereinbarkeit mit Art. 75b BV¹ und der Zweitwohnungsverordnung überprüft worden sei und sich die Bauherrschaft noch nicht zur Art der Wohnnutzung des Bauvorhabens geäußert habe. Mit Entscheid vom 14. März 2014 hat die BVE den Gesamtentscheid vom 26. Dezember 2012 deshalb aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Gemeinde zurückgewiesen.

2. Am 17. Juli 2017 reichte die Beschwerdegegnerin bei der Gemeinde ein Projektänderungsgesuch (Nr. 2012-079.001) ein, das eine Nutzungsbeschränkung der Wohnungen als Erstwohnungen gemäss ZWG² vorsieht; ansonsten blieb das ursprüngliche Projekt unverändert. Die Beschwerdeführenden erhoben wiederum Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 15. Oktober 2018 bewilligte die Gemeinde das ursprüngliche Baugesuch vom 11. Mai 2012 mit Projektänderung vom 17. Juli 2017 und wies die Einsprachen der Beschwerdeführer 2 und 3 ab; auf die Einsprachen der Beschwerdeführenden 1 sowie 4 und 5 ist die Gemeinde nicht eingetreten.

Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 16. November 2018 gemeinsam Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen sinngemäss, der Gesamtentscheid vom 15. Oktober 2018 sei aufzuheben und dem Baugesuch Nr. 2012-079 mit Projektänderung Nr. 2012-079.001 sei der Bauabschlag zu erteilen. Zur Begründung der Beschwerde

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

² Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702).

bringen die Beschwerdeführenden eine Vielzahl formeller und materieller Rügen vor. Unter anderem machen sie eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Zweitwohnungsverbots geltend.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet,³ führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden könne. Letztere beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 21. Dezember 2018 zudem die Sistierung des Beschwerdeverfahrens für die Dauer von drei Monaten. Zur Begründung führte sie aus, sie plane vorliegend zwar Erstwohnungen und setze nicht auf eine spätere Zweitwohnungsnutzung. Aufgrund des Urteils 1C_69/2018 vom 3. Dezember 2018 (BGE 145 II 99), mit welchem das Bundesgericht weiter konkretisiert habe, welche Indizien bei einem Projekt zum Bau von Erstwohnungen dafür sprechen könnten, dass die Bauherrschaft auf eine spätere Zweitwohnungsnutzung setze, dränge sich aber trotzdem eine Prüfung auf, ob das vorliegende Bauvorhaben einer Projektänderung bedürfe. Die Beschwerdeführenden beantragten mit Eingabe vom 14. Januar 2019 die Abweisung des Sistierungsgesuchs; die Gemeinde hat sich nicht vernehmen lassen. Mit Zwischenverfügung vom 24. Januar 2019 sistierte das Rechtsamt das Beschwerdeverfahren. Mit Schreiben vom 28. Januar 2019 teilte die Beschwerdegegnerin dem Rechtsamt mit, sie habe sich entschieden, keine Projektänderung einzureichen. Die Beschwerdeführenden ihrerseits erhoben am 25. Februar 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 24. Januar 2019; diese Beschwerde ist im Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids noch beim Verwaltungsgericht hängig. Mit Verfügung vom 27. Februar 2019 nahm das Rechtsamt das Beschwerdeverfahren wieder auf.

4. Das Rechtsamt hat der Gemeinde Saanen in einem anderen Baubeschwerdeverfahren verschiedene Fragen betreffend die Nachfrage nach Erstwohnungen in der Gemeinde Saanen bzw. im Ortsteil Gstaad (insbesondere im Gebiet J. _____) gestellt. Mit Schreiben vom 28. Februar 2019 hat die Gemeinde zu diesen

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191).

Fragen Stellung genommen. Mit Verfügung vom 15. März 2019 stellte das Rechtsamt den Parteien eine anonymisierte Kopie dieser Stellungnahme inkl. Beilagen zu und gab ihnen Gelegenheit sich dazu zu äussern. Der Beschwerdegegnerin gab es gleichzeitig Gelegenheit, allfällige bereits bekannte Erwerberinnen und Erwerber der geplanten Wohnungen zu nennen und entsprechende Angebote oder Verträge vorzulegen.

Die Beschwerdeführenden haben mit Eingabe vom 8. April 2019 zur Stellungnahme der Gemeinde vom 28. Februar 2019 Stellung genommen. Die Beschwerdegegnerin hat weder eine Stellungnahme noch Informationen oder Unterlagen zu allfällig bereits bekannten Erwerberinnen oder Erwerber der geplanten Wohnungen eingereicht.

Die Verfahrensbeteiligten erhielten schliesslich Gelegenheit, allfällige Schlussbemerkungen einzureichen.

5. Auf die Rechtsschriften und die Vorakten sowie auf die Stellungnahme der Gemeinde vom 28. Februar 2019 wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG⁴. Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG⁵ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der form- und fristgerecht eingereichten Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

⁴ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG). Sämtliche Beschwerdeführenden haben sich als Einsprechende am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Die Legitimation der Beschwerdeführer 2 und 3 ist zudem unbestritten.

Anders als noch im Gesamtentscheid vom 26. Dezember 2012 hat aber die Vorinstanz im vorliegend angefochtenen Entscheid die Einsprachelegitimation der Beschwerdeführenden 1 sowie 4 und 5 verneint und ist nicht auf ihre Einsprachen eingetreten. Zur Begründung führt sie aus, die Beschwerdeführerin 1 habe nicht genügend nachgewiesen, dass sie rein ideelle Ziele verfolge. Die Beschwerdeführenden 4 und 5 seien aufgrund ihrer vom Bauvorhaben nicht betroffenen Erschliessung, ihrer Distanz zum Bauvorhaben sowie dem beschränkten Sichtkontakt nicht zur Einsprache legitimiert.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerin 1 ebenfalls. Ferner macht sie geltend, auf die Rügen der Beschwerdeführenden 1 sowie 4 und 5 sei nur insoweit einzutreten, als diese sich auf die Projektänderung beziehen würden. Die Beschwerdeführenden 1 sowie 4 und 5 hätten sich nämlich nicht am Beschwerdeverfahren betreffend den Gesamtentscheid vom 26. Dezember 2012 beteiligt und könnten deshalb nun auch nicht baupolizeiliche Rügen gegen das ursprüngliche Bauvorhaben vorbringen. Die Beschwerdeführer 2 und 3 könnten schliesslich nur baupolizeiliche Rügen vorbringen, die bereits Gegenstand ihrer Beschwerden gegen den Gesamtentscheid vom 26. Dezember 2012 gewesen seien oder die Projektänderung betreffen würden.

c) Nach Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG sind nur Personen zur Einsprache befugt, die durch das Bauvorhaben unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sind. Das Rechtsschutzinteresse ist gegeben, wenn eine Gutheissung der Einsprache der einsprechenden Person einen praktischen Nutzen bringt, mithin ihre tatsächliche oder rechtliche Situation durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Es braucht aber eine besondere Betroffenheit bzw. eine besonders nahe Beziehung zur Streitsache (sog. spezifische Beziehungsnähe); d.h. es ist erforderlich, dass die Einsprecherin oder der Einsprecher persönlich vom Bauvorhaben in höherem Masse als die Allgemeinheit betroffen ist.⁶

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35–35c N. 16.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss die besondere Beziehungsnähe zum Streitgegenstand bei Bauprojekten insbesondere in räumlicher Hinsicht gegeben sein. In einer besonders nahen Beziehung zur Streitsache stehen naturgemäss die Nachbarn des Baugrundstücks. Ihre Einsprachebefugnis ist dementsprechend in der Regel nicht problematisch. Unter Nachbarn versteht die Verwaltungs- und Gerichtspraxis insbesondere die Eigentümerinnen und Eigentümer von Nachbargrundstücken sowie Personen, die an solchen Grundstücken dinglich berechtigt sind. In der Regel wird auch die Einsprachebefugnis der Mieter und Pächter von Nachbarliegenschaften anerkannt. Der Kreis der betroffenen Nachbarschaft kann aber nicht allgemein festgelegt werden, sondern muss im Einzelfall nach den konkreten Verhältnissen bestimmt werden. Die Einsprachebefugnis des Nachbarn ist in der Regel jedoch zu bejahen, wenn dessen Liegenschaft unmittelbar an das Baugrundstück angrenzt oder allenfalls nur durch einen Verkehrsträger davon getrennt wird. Darüber hinaus reicht die Nachbarschaft so weit wie die allfälligen nachteiligen Auswirkungen des Bauvorhabens. Es wird zwar darauf verzichtet, auf bestimmte feste Werte abzustellen. Das Bundesgericht anerkennt die Legitimation von Nachbarn bis zu einem Abstand von 100 m aber regelmässig.⁷ Allerdings ergibt sich die Legitimation nicht schon allein aus der räumlichen Nähe, sondern erst aus einer daraus herrührenden besonderen Betroffenheit.⁸

Art. 35a Abs. 1 BauG lässt sodann private Organisationen zur Erhebung von Einsprachen auch ohne Nachweis eines besonderen Berührtseins zu, wenn sie die Rechtsform einer juristischen Person aufweisen und rein ideelle Zwecke verfolgen (sog. ideelle Verbandsbeschwerde). Nach Art. 35c Abs. 3 BauG können sie aber nur Rügen erheben in Rechtsbereichen, die seit mindestens zehn Jahren Gegenstand ihres statutarischen Zwecks bilden.

d) Die Beschwerdeführerin 1 ist gemäss ihren Statuten ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB⁹. Dieser wurde am 29. September 2000 gegründet. Art. 2 Abs. 1 der Statuten formuliert den Zweck des Vereins wie folgt: «Der Verein bezweckt, die Gegend der J. _____ in Gstaad in ihrem derzeitigen Zustand zu bewahren. Er widersetzt sich insbesondere jedem Bauprojekt, welches die Gegend und die Landschaft der J. _____

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35–35c N. 17 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35–35c N. 16.

⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

verunstaltet oder eine zu intensive Entwicklung nach sich ziehen könnte.» Dabei handelt es sich um ideelle Ziele. Dass der Kreis der Mitglieder im Wesentlichen Eigentümerinnen oder Eigentümer von Grundstücken in der J._____ bzw. diesen nahe stehende Personen umfasst, ist dabei irrelevant. Die Beschwerdeführerin 1 erfüllt die Voraussetzungen von Art. 35a Abs. 1 i.V.m. Art. 35c Abs. 3 BauG und war daher einsprachebefugt.¹⁰ Die Gemeinde ist folglich zu Unrecht nicht auf ihre Einsprache eingetreten.

e) Die Beschwerdeführenden 4 und 5 bewohnen die Parzelle Nr. K._____, die ca. 60 m vom Baugrundstück entfernt liegt. Trotz der dazwischenliegenden Grundstücke und Strasse besteht von der Parzelle Nr. K._____ – aufgrund ihrer erhöhten Lage – zumindest teilweise eine direkte Sichtverbindung zum Bauvorhaben. Die Erschliessung der beiden Grundstücke erfolgt mit Ausnahme der jeweils letzten ca. 80 bzw. 100 m zudem über die gleiche Zufahrt. Die Beschwerdeführenden 4 und 5 sind mit anderen Worten als Nachbarn unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen und waren daher ebenfalls zur Einsprache legitimiert. Die Gemeinde ist mit anderen Worten auch in diesem Fall zu Unrecht nicht auf deren Einsprache eingetreten.

f) Nach dem Gesagten sind sämtliche Beschwerdeführenden zur Beschwerdeführung legitimiert. Folglich ist auf die Beschwerde einzutreten. Da nachfolgend bloss auf die Rüge betreffend rechtsmissbräuchliche Umgehung des Zweitwohnungsverbots eingegangen wird, kann im Übrigen offen bleiben, ob die Beschwerdeführenden zu sämtlichen von ihnen geltend gemachten Rügen berechtigt sind.

2. Zweitwohnungsverbot

a) Es ist streitig, ob das Bauvorhaben nach der Projektänderung vom 17. Juli 2017 eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Zweitwohnungsverbots gemäss Art. 75b BV und Art. 6 Abs. 1 ZWG darstellt.

b) Seit dem 1. Januar 2016 ist das ZWG in Kraft. Dieses regelt die Zulässigkeit des Baus neuer Wohnungen sowie der baulichen und nutzungsmässigen Änderung bestehender Wohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20

¹⁰ Vgl. auch BDE vom 19. Februar 2019, E. 1d (RA Nr. 110/2018/94).

Prozent (Art. 1 ZWG). Es ist unbestritten, dass die Gemeinde Saanen einen Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent aufweist und damit in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZWG ist dieses Gesetz anwendbar auf Baugesuche, über die nach seinem Inkrafttreten erstinstanzlich oder in einem Beschwerdeverfahren zu entscheiden ist. Dies ist vorliegend der Fall.

Nach Art. 6 Abs. 1 ZWG dürfen in Gemeinden, in denen der Zweitwohnungsanteil über 20 Prozent liegt, keine neuen Zweitwohnungen bewilligt werden. Neue Wohnungen dürfen nur noch bewilligt werden, wenn sie als Erstwohnungen oder als touristisch bewirtschaftete Wohnungen genutzt werden (Art. 7 Abs. 1 ZWG). Die Baubewilligungsbehörde ordnet in der Baubewilligung mittels Nutzungsaufgabe die Nutzungsbeschränkung an (Art. 7 Abs. 3 ZWG). Unmittelbar nach Rechtskraft der Baubewilligung weist die Baubewilligungsbehörde zudem das Grundbuchamt an, die Nutzungsbeschränkung zum betreffenden Grundstück im Grundbuch anzumerken (Art. 7 Abs. 4 ZWG). Die Projektänderung vom 17. Juli 2017 sieht eine Nutzungsbeschränkung der drei geplanten Wohnungen als Erstwohnungen gemäss ZWG vor. Das Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Frutigen, wird im angefochtenen Entscheid zudem angewiesen, auf der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. I. _____ die Anmerkung «Erstwohnung oder einer Erstwohnung gleichgestellte Wohnung» als Zweckentfremdungsverbot einzutragen. Bei einer Stockwerkeigentumsbegründung oder einer Abparzellierung sei diese Anmerkung auf die jeweiligen Stockwerkeinheiten bzw. Parzellen zu übertragen.

c) Nach Art. 14 Abs. 1 Bst. b ZWG kann jedoch die Baubewilligungsbehörde auf Gesuch der Eigentümerin oder des Eigentümers eine Nutzungsbeschränkung nach Art. 7 Abs. 1 ZWG sistieren, wenn die Eigentümerin oder der Eigentümer nachweist, die Wohnung öffentlich ausgeschrieben und erfolglos nach Personen gesucht zu haben, welche die Wohnung gegen angemessenes Entgelt rechtmässig nutzen. Diese Sistierung ist zeitlich beschränkt, kann jedoch verlängert werden, wenn die Voraussetzungen weiterhin erfüllt sind (Art. 14 Abs. 2 ZWG). Die Möglichkeit, die Erstwohnnutzungsbeschränkung nach Art. 14 Abs. 1 Bst. b ZWG zu sistieren, erhöht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Risiko, dass die Bauherrschaft (trotz der restriktiven gesetzlichen Voraussetzungen) von vornherein auf eine künftige Sistierung setzt. Es würde demnach 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.¹¹

Wenn in einer Gemeinde, in der keine Zweitwohnungen mehr gebaut werden dürfen, ein Baugesuch für Erstwohnungen gestellt wird, kann somit eine Umgehung des Zweitwohnungsverbots und damit ein Rechtsmissbrauch beabsichtigt sein. Ein Rechtsmissbrauch muss offensichtlich sein, um sanktioniert zu werden. Will eine Behörde, dass die umgangene Bestimmung angewendet wird, muss sie die Rechtsumgehung oder einen ernsthaften Verdacht auf eine solche nachweisen. Dies erfordert eine Beurteilung von Fall zu Fall. Um einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur, wenn von Anfang an klar ist, dass das Vorhaben nicht wie angegeben genutzt werden kann. Ein solcher Fall liegt namentlich vor, wenn in der fraglichen Gemeinde eine ungenügende Nachfrage nach Erstwohnungen der betreffenden Art besteht oder andere konkrete Indizien für eine Umgehung sprechen. Diese Indizien können die Lage der Liegenschaft (Bauzone, Zugänglichkeit, Distanz zu Arbeitsplätzen), die bauliche Gestaltung der Wohnungen aus Sicht einer ganzjährigen Nutzung, den Preis sowie die Verhältnisse der Person betreffen, die dort zu wohnen beabsichtigt (aktueller Wohnsitz, Arbeitsort, Absichtserklärung der Interessierten). Wenn die künftigen Bewohnerinnen und Bewohner nicht bekannt sind, ist die Nachfrage nach Erstwohnungen im gleichen Sektor das Hauptkriterium. Diesfalls muss glaubhaft gemacht werden, dass im betreffenden Marktsegment eine Nachfrage für Erstwohnungen besteht. 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. Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn die Bauherrschaft die Absicht hat, das Bauvorhaben als Erstwohnung 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.¹² Ein Indiz für eine fehlende Nachfrage kann nach dem Bundesgericht sein, dass es der Bauherrschaft nicht gelingt, auch nur eine einzige Wohnung ab Plan an Ortsansässige zu verkaufen. Dies selbst dann, wenn das Rechtsmittelverfahren gewisse Interessentinnen und Interessenten abgeschreckt haben mag.¹³

¹¹ BGE 145 II 99 E. 3, 144 II 49 E. 2.4 a.E. (Pra 107/2018 Nr. 140).

¹² BGE 145 II 99 E. 3.1, 144 II 49 E. 2.2 ff. (Pra 107/2018 Nr. 140).

¹³ BGE 145 II 99 E. 3.2 a.E.; vgl. zum Ganzen VGE 2018/211 vom 7.5.2019 (noch nicht rechtskräftig), E. 2.1.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist von Amtes wegen zu prüfen, ob konkrete Indizien vorliegen, welche die Absicht bzw. die Möglichkeit einer Erstwohnnutzung des Bauvorhabens als unrealistisch erscheinen lassen.¹⁴

d) Die Beschwerdegegnerin beabsichtigt den Bau eines Mehrfamilienhauses mit drei 4 ½-Zimmerwohnungen mit einer Fläche von je ca. 150 m². Jede Wohnung verfügt über drei Schlafzimmer mit jeweils einem Bad und/oder einer Dusche (je mit einer Toilette) sowie ein weiteres separates WC. Die Küchen haben eine Fläche von jeweils 8.22 bis 8.81 m². Die Wohn-/Esszimmer sind jeweils zwischen 57.02 und 60.19 m² gross. Ein eigentliches Entrée gibt es bloss in der Dachgeschosswohnung. Im 1. UG sind ein Schwimmbad mit Whirlpool, eine Sauna und Dampfbad (mit dazugehörigem Tauchbecken), zwei Massageräume (je mit Dusche/WC), ein Fitnessraum, ein grosszügiges Spiel- bzw. Billardzimmer, ein Kino mit 20 Plätzen sowie weitere Nebenräume geplant. Im 2. UG sind schliesslich eine Einstellhalle mit sechs Parkplätzen für Autos und neun Abstellplätzen für Velos, ein Keller- und ein Skiraum sowie die Technik für das Schwimmbad vorgesehen. Die Baukosten werden mit 10.8 Millionen Franken beziffert.

e) Die Bauparzelle liegt im Ortsteil J. _____ rund 600 m vom Zentrum und gut 1 km vom Bahnhof entfernt. Das Grundstück ist gut erschlossen und ganzjährig erreichbar. Die Lage und die Erreichbarkeit sprechen damit nicht gegen eine Erstwohnnutzung. Die Konzeption der Wohnungen (Schlafzimmer im Hotelzimmerstil, kleine Küchen und – mit Ausnahme der Dachgeschosswohnung – kleine Eingangsbereiche mit wenig bzw. keinen Abstellflächen) sowie die zusätzliche Infrastruktur (Schwimmbad mit Wellnessbereich, Fitnessraum, Spiel- bzw. Billardzimmer und Kino) lassen jedoch eher auf Ferienwohnungen im gehobenen bzw. luxuriösen Segment schliessen.¹⁵ Die Wohnungen sind aufgrund der hohen Baukosten (zu welchen noch die Grundstückskosten kommen) zudem nur für sehr wohlhabende Personen erschwinglich. Dies schliesst eine Erstwohnnutzung zwar nicht von vornherein aus, zumal es notorisch ist, dass im Saanenland (Gstaad) zahlreiche vermögende Personen ihren Wohnsitz haben.¹⁶ Mit einer Fläche von jeweils ca. 150 m² sind die Wohnungen für Erstwohnungen im Luxussegment – und als solche sollen sie gemäss Ausführungen in der Beschwerdeantwort vermarktet

¹⁴ BGE 145 II 99 E. 3, 144 II 49 E. 2.4 a.E. (Pra 107/2018 Nr. 140).

¹⁵ Vgl. dazu auch BGE 145 II 99 E. 3.2.

¹⁶ BGer 1C_592/2017 vom 15.6.2018, E. 5.6.

werden – jedoch eher unterdurchschnittlich dimensioniert; dies gilt auch für die Balkone im Ober- und Dachgeschoss. Hinzu kommt, dass die Bauparzelle verglichen mit den meisten anderen Grundstücken in der näheren Umgebung klein erscheint; der vorhandene Umschwung wird zudem zu grossen Teilen von der Hauszufahrt und einem Aussenparkplatz beansprucht. Gemäss Stellungnahme der Gemeinde vom 28. Februar 2019 gibt es in Saanen sodann 3'298 Erstwohnungen. Nur 348 dieser Wohnungen seien aber mittels öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkungen als Erstwohnungen gesichert. Von diesen 348 Wohnungen könnten zudem bloss acht Wohnungen zum oberen bzw. luxuriösen Segment gezählt werden. Gemäss Auskunft der Gemeinde steht zurzeit zwar keine dieser acht Wohnungen leer. Dies lässt jedoch nicht auf einen eigentlichen Mangel an Erstwohnungen im gehobenen bzw. luxuriösen Segment schliessen. So geht die Gemeinde im angefochtenen Entscheid selbst davon aus, dass in diesem Segment 10-15 Wohnungen leer stehen und 13-18 im Bau bzw. bereits bewilligt sind; dies bei einem Gesamtbestand von 585-780 Erstwohnungen im gehobenen Segment. Es ist zudem davon auszugehen, dass allfällige Interessenten Wohnungen ohne Nutzungsbeschränkung gegenüber solchen mit einer Nutzungsbeschränkung als Erstwohnungen vorziehen. Dies dürfte in besonderem Masse für Personen gelten, die im Ortsteil J. _____ – der notorischerweise bei vermögenden Personen besonders beliebt ist – eine Wohnung suchen. So lässt sich der Stellungnahme der Gemeinde vom 28. Februar 2019 entnehmen, dass sämtliche Wohnungen in diesem Gebiet, die dem gehobenen bzw. luxuriösen Segment zuzuordnen sind, in ihrer Nutzung frei bzw. nicht mit einer Nutzungsbeschränkung als Erstwohnung belastet sind. Die von der Gemeinde mit Stellungnahme vom 28. Februar 2019 eingereichten Daten betreffend die Entwicklung der Wohnbevölkerung in Saanen sowie der Ortschaft Gstaad lassen im Übrigen nicht darauf schliessen, dass künftig mit einem Anstieg der Wohnbevölkerung zu rechnen ist. Vielmehr ist daraus ersichtlich, dass die Wohnbevölkerung seit Jahren stagniert. Nach dem Gesagten ist eine effektive Nachfrage nach Erstwohnungen der betreffenden Art selbst im Ortsteil J. _____ nicht glaubhaft. Folglich erscheint das Vorhaben der Beschwerdegegnerin, die drei Wohnungen als (mit Nutzungsbeschränkung belastete) Erstwohnungen des luxuriösen Segments zu vermarkten, unrealistisch. Die Beschwerdegegnerin konnte bis heute denn auch keine Angaben zu allfälligen Interessenten der geplanten Wohnungen machen.

f) Zusammenfassend ist mangels ernsthafter und konkreter Zusicherungen für den Erwerb durch ganzjährige Bewohnerinnen und Bewohner sowie fehlender Nachfrage nach

Erstwohnungen der betreffenden Art von einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung des Zweitwohnungsverbots auszugehen. Dies gilt umso mehr, als die Baupläne trotz der Projektänderung «Nutzung als Erstwohnungen» unverändert blieben. Unter diesen Umständen müssen die weiteren Rügen nicht geprüft werden, die Beschwerde ist ohnehin gutzuheissen. Der angefochtene Gesamtentscheid wird aufgehoben und dem Baugesuch (Nr. 2012-079) vom 11. Mai 2012 mit Projektänderung (Nr. 2012-079.001) vom 17. Juli 2017 wird der Bauabschlag erteilt.

3. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG¹⁷). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'500.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁸).

b) Die Beschwerdegegnerin hat als Baugesuchstellerin trotz Bauabschlag die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens zu tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD¹⁹), jedoch reduziert um die Kosten für die Baukontrollen (Fr. 1'000.–), die Benützungsgebühr für öffentliche Verkehrswege (Fr. 5'600.–) und die Anmerkungen im Grundbuch (Fr. 100.–). Für das Inkasso der auf Fr. 17'773.– reduzierten erstinstanzlichen Kosten ist die Gemeinde zuständig.

c) Die Beschwerdegegnerin hat ferner den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²⁰ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG²¹).

¹⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

¹⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

²⁰ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

²¹ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

Die Kostennote des Anwalts der Beschwerdeführenden beläuft sich auf Fr. 17'232.– (Honorar Fr. 15'750.–, Spesen Fr. 250.– und Mehrwertsteuer Fr. 1'232.–). Er erachtet sowohl die Bedeutung der Streitsache als auch die Schwierigkeit des Prozesses als sehr gross. Zudem macht er einen Zuschlag für die Wahrung bedeutender vermögensrechtlicher Interessen geltend.

Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV). Dabei sind vermögensrechtliche Streitigkeiten solche um geldwerte Ansprüche und Verpflichtungen, wobei die finanziellen Gesichtspunkte im Vordergrund stehen müssen. Streitigkeiten um die Erteilung von Polizeibewilligungen wie beispielsweise Baubewilligungen zählen nicht dazu.²² Ein Zuschlag im Sinne von Art. 11 Abs. 2 PKV ist vorliegend somit nicht zu gewähren. Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für Privatexpertisen besteht grundsätzlich nicht.²³ Die Aufwendungen für die von den Beschwerdeführenden ins Recht gelegten Studie der L. _____ AG vom 12. März 2018 betreffend den Wohnungsmarkt in den Gemeinden Saanen und Gsteig können dementsprechend ebenfalls nicht geltend gemacht werden. Im vorliegenden Fall sind schliesslich die Bedeutung der Streitsache, die Schwierigkeit des Prozesses sowie der gebotene Zeitaufwand insgesamt als durchschnittlich einzustufen. Daher erscheint eine Ausschöpfung des Gebührenrahmens zu 50 Prozent und damit ein Honorar von Fr. 6'100.– als angemessen. Die Beschwerdegegnerin hat somit den Beschwerdeführenden eine Parteikostenentschädigung von Fr. 6'838.95 (Honorar Fr. 6'100.–, Auslagen Fr. 250.– und Mehrwertsteuer Fr. 488.95) zu bezahlen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Saanen vom 15. Oktober 2018 wird aufgehoben. Dem Baugesuch (Nr. 2012-079) vom 11. Mai 2012 mit Projektänderung (Nr. 2012-079.001) vom 17. Juli 2017 wird der Bauabschlag erteilt.

²² Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 104 N. 5 mit Hinweisen.

²³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 6.

2. Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Die reduzierten Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 17'773.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden Parteikosten im Betrag von Fr. 6'838.95 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- H._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Saanen, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Verwaltungsgericht des Kantons Bern (betreffend Verfahren Nr. 2019/78), zur Kenntnis, A-Post

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.