

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2015/61

Bern, 2. Februar 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Z. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt X. _____

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Saanen, Bau- und Planungskommission, 3792 Saanen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Saanen vom 14. September 2015 (Nutzung Zweitwohnung)

I. Sachverhalt

1. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 14. September 2015 forderte die Gemeinde Saanen die Beschwerdeführerin auf, die unrechtmässige Nutzung der Wohnungen Saanen Grundbuchblatt Nrn. A. _____ und B. _____ als Zweitwohnungen einzustellen (Ziffer 1) und ordnete die Versiegelung dieser Wohnungen bis zur Vermietung an Ortsansässige an (Ziffer 2). Sie setzte die Frist für die Wiederherstellung bis 15. Oktober 2015 an (Ziffer 3), drohte für den Fall einer über den 15. Oktober 2015 hinausgehenden unrechtmässigen Nutzung die Unterbrechung der Stromzufuhr an (Ziffer 4) und wies auf die Straffolgen bei Nichtbefolgung hin (Ziffer 5).

2. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 15. Oktober 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt, Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung betreffend die Versiegelung sei aufzuheben. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Gemeinde habe den Sachverhalt ungenügend festgestellt und die Versiegelung sei nicht verhältnismässig.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten und eine Stellungnahme der Gemeinde Saanen ein. Die Gemeinde beantragt die Abweisung der Beschwerde.

4. Mit Schreiben vom 17. November 2015 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass Herr Y._____, Delegierter des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin, beabsichtige, im Dezember 2015 seinen privaten Wohnsitz in die Wohnungen Saanen Grundbuchblatt Nr. A._____ und B._____ zu verlegen, und beantragte die Sistierung des Beschwerdeverfahrens. Die Gemeinde lehnte die Sistierung des Verfahrens ab. Mit Verfügung vom 21. Dezember 2015 wies das Rechtsamt den Antrag auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens ab.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden.

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)

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Interesse an einem Entscheid

a) Die Beschwerdeführerin macht mit Schreiben vom 5. Januar 2016 geltend, die betreffenden Stockwerkeinheiten würden seit dem 11. Dezember 2015 als Erstwohnsitz genutzt. Sowohl die angefochtene Wiederherstellungsverfügung als auch das Beschwerdeverfahren seien damit hinfällig geworden.

Zwar geht aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten und von der Einwohnergemeinde gestempelten "Fragenbogen für Schweizer" hervor, dass sich Herr und Frau Y._____ mit zwei Kindern an der Adresse C._____weg 14 angemeldet haben. Die Gemeinde hat gegenüber der BVE jedoch nicht bestätigt, dass die Wohnsitznahme erfolgt bzw. dass damit der vorgeschriebene Ortsansässigenanteil erfüllt ist. Zudem erfolgte die Anmeldung gemäss dem eingereichten Formular einzig für die 5-Zimmerwohnung. Es kann jedoch offen bleiben, ob der vorgeschriebene Ortsansässigenanteil in der Zwischenzeit erfüllt ist.

b) Nach Art. 39 VRPG³ schreibt die instruierende Behörde das Verfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis ab, wenn im Verlaufe des Verfahrens das rechtserhebliche Interesse am Erlass einer Verfügung oder an einem Entscheid in der Sache wegfällt, insbesondere zufolge Rückzugs der Begehren, Rücknahme der angefochtenen Verfügung oder Einigung unter den Parteien.

c) Die Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung des Rechtsamts vom 21. Dezember 2015 auf die Möglichkeit eines Beschwerderückzugs hingewiesen. Dennoch hat sie ihre Beschwerde nicht zurückgezogen und die Gemeinde hat die angefochtene Verfügung nicht zurückgenommen. Auch haben sich die Gemeinde und die Beschwerdeführerin nicht geeinigt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin besteht zudem weiterhin ein

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

rechtserhebliches Interesse an einem Entscheid über die angefochtene Ziffer 2 der Wiederherstellungsverfügung.

d) Die Wiederherstellungsverfügung ist eine Dauerverfügung. Wird der Zustand nach erfolgter Wiederherstellung rückgängig gemacht bzw. eine widerrechtliche Nutzung wieder aufgenommen, bedarf es – bei unveränderter Sach- und Rechtslage – keiner neuen Wiederherstellungsverfügung. Die Wiederherstellung kann gestützt auf die bestehende Verfügung erneut vollstreckt werden.⁴

Mit der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung wird die unrechtmässige Nutzung der Wohnungen Saanen Grundbuchblatt Nrn. A._____ und B._____ als Zweitwohnungen untersagt sowie die Versiegelung dieser Wohnungen bis zur Vermietung an Ortsansässige angeordnet. Es handelt sich dabei um eine Dauerverfügung. Erweist sich die von der Beschwerdeführerin angefochtene Versiegelung gemäss Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung als verhältnismässig, so kann diese bei einer unrechtmässigen Nutzung als Zweitwohnung und bei unveränderter Sach- und Rechtslage unmittelbar gestützt auf die vorliegende Wiederherstellungsverfügung erneut angeordnet werden. Es besteht daher unabhängig von der geltend gemachten Wohnsitzverlegung durch ein Mitglied des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin nach wie vor ein rechtserhebliches Interesse an einem Entscheid über die Versiegelung.

3. Unrichtige Feststellung des Sachverhalts

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Gemeinde habe den Sachverhalt ungenügend festgestellt. Die Gemeinde habe einzig aufgrund der Feststellung, wonach die Wohnungen möbliert seien, darauf geschlossen, dass diese rechtswidrig als Zweitwohnungen genutzt würden.

Die Gemeinde bringt vor, anlässlich der Besichtigung vor Ort habe sie festgestellt, dass die Wohnungen vollständig möbliert und jederzeit bezugsbereit seien. Die Wohnungen seien mit Vorhängen und mit fest montierten Wand- und Deckenlampen sowie Teppichen ausgestattet. Zudem seien Kerzen, Pflanzen und Dekorationsmaterialien vorhanden.

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 8

b) Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 18 Abs. 1 VRPG). Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde die Beweismittel falsch gewürdigt oder einen rechtserheblichen Sachumstand nicht in das Beweisverfahren einbezogen hat. Rechtserheblich ist, was im Hinblick auf die Regelung des Rechtsverhältnisses bedeutsam ist.⁵

c) Die Gemeinde hat die beiden Wohnungen am 21. August 2015 besichtigt. Aus der Fotodokumentation in den Vorakten ist ersichtlich, dass die Wohnungen möbliert und eingerichtet sind.⁶ In den Schlafzimmern sind Betten mit Matratzen und Nachttische sowie Nachttischlampen vorhanden. Der Wohnbereich ist mit Esstischen und Stühlen sowie mit Sofas möbliert. Zudem sind Deckenlampen installiert und Vorhänge aufgehängt. Die Wohnungen sind damit im Hinblick auf eine Wohnnutzung möbliert. Die Behauptung, die Möbel seien lediglich zur Zwischenlagerung abgestellt, ist nicht glaubwürdig. Bereits in den Fotos zur Bauabnahme vom 20. Oktober 2014 sind Möbel erkennbar und zudem bringt die Beschwerdeführerin selbst vor, sie fasse eine möblierte Vermietung ins Auge.⁷ Die Feststellung der Gemeinde, dass die Wohnungen bewohnbar sind, ist zutreffend. Auch wenn dies allein noch nicht den Schluss zulässt, eine Zweitwohnungsnutzung erfolge oder sei bereits erfolgt, muss aufgrund der besonderen Situation in der Gemeinde Saanen doch damit gerechnet werden. Die Beschwerdeführerin bestreitet zudem nicht, dass eine solche Nutzung bereits stattgefunden hat. Sodann hat sie daraus, dass die Gemeinde von einer bereits bestehenden rechtswidrigen Zweitwohnungsnutzung ausging, keinen Rechtsnachteil erlitten. Die Gemeinde hat die Beschwerdeführerin mit Ziffer 1 der Verfügung aufgefordert, die Nutzung als Zweitwohnungen einzustellen und festgehalten, dass die Wohnungen nur wie bewilligt – d.h. als Ortsansässigenwohnungen – genutzt werden dürfen. Sie hat damit nichts angeordnet, was nicht bereits aufgrund der Baubewilligung feststeht. Die Beschwerdeführerin hat deswegen keinen Nachteil erlitten und sie hat Ziffer 1 der Wiederherstellungsverfügung auch nicht angefochten. Inwiefern eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts mit Blick auf die angefochtene Ziffer 2 der Wiederherstellungsverfügung betreffend die Verhältnismässigkeit der Versiegelung der Wohnungen vorliegen sollte, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 66 N. 7 f.

⁶ Vorakten, pag. 47

⁷ Vorakten, pag. 28 ff.

ebenfalls nicht dargelegt. Der Gemeinde kann damit keine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts vorgeworfen werden.

4. Verhältnismässigkeit der Versiegelung

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe ohne weitere Begründung die Versiegelung der beiden Wohnungen verfügt. Dies gehe über das erforderliche Mass hinaus und sei unverhältnismässig. Im vorliegenden Fall reiche ein Benützungsverbot, um die Nutzung als Zweitwohnungen zu unterbinden.

Die Gemeinde bringt vor, ein reines Benützungsverbot sei nicht kontrollierbar und könne zu einfach umgangen werden. In einer Gemeinde wie Saanen wäre es der Verwaltung ohne zusätzliche Massnahmen nicht möglich, ein Benützungsverbot mit vernünftigen Verwaltungsaufwand zu kontrollieren. Selbstverständlich könne die Beschwerdeführerin jederzeit und kurzfristig um eine kurze Entsiegelung der Wohnungen ersuchen, wenn sie diese zum Beispiel einer Mietinteressentin zeigen oder die Heizung kontrollieren wolle. Die Versiegelung sei der Beschwerdeführerin zumutbar.

b) Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.⁸ Sind bewilligte Räume einer unrechtmässigen Nutzung zugeführt worden, so sind sie durch wirksame bauliche Massnahmen (Zumauern, Verkleinern von Fenstern, Entfernen von Installationen und Einrichtungen usw.) für diese Nutzung unbrauchbar zu machen. Ein reines Benützungsverbot kann zur Durchsetzung des Erstwohnungsanteils genügen, jedenfalls dann, wenn es mit zusätzlichen Massnahmen gekoppelt wird, wie z.B. mit der Androhung, dass im Widerhandlungsfall der elektrische Anschluss der Wohnung unterbrochen wird.⁹

c) Die Gemeinde hat die Versiegelung in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung damit begründet, dass ein Benützungsverbot bei unrechtmässigen Nutzungen nicht ausreichend sei. Die Versiegelung der Wohnungen

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 und 10; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10

ermögliche es ihr zu kontrollieren, ob die Wohnung nicht (wieder) unrechtmässig genutzt werde. Diese Massnahme sei notwendig und verhältnismässig. Die Gemeinde hat die Anordnung der Versiegelung der Wohnungen damit ausreichend begründet.

d) Es ist unbestritten, dass die Nutzung der beiden Wohnungen als Zweitwohnungen nicht zulässig ist. Die Einhaltung der Bauvorschriften und die Verhinderung einer nicht zulässigen Nutzung von Wohnungen als Zweitwohnungen liegen im öffentlichen Interesse. Die Versiegelung der beiden Wohnungen ist zur Verhinderung einer unzulässigen Nutzung als Zweitwohnungen bzw. für die Kontrolle der Nutzungseinschränkung geeignet. Ein blosses Benützungsverbot ist – zumindest in der Gemeinde Saanen – nicht kontrollierbar. Die Gemeinde verfügt über eigene Nutzungsbeschränkungen zu Gunsten von Ortsansässigen.¹⁰ Zudem fällt sie unter die Zweitwohnungsgesetzgebung des Bundes¹¹. Als typischer Tourismusort im Berner Oberland weist Saanen damit einen hohen Anteil an Zweitwohnungen, gleichzeitig aber auch an Wohnungen mit Nutzungsbeschränkungen auf. Es ist daher nachvollziehbar, dass die Gemeinde mit vernünftigem Verwaltungsaufwand die Einhaltung von Benützungsverboten ohne weitergehende Massnahmen nicht kontrollieren kann. Die Androhung, im Widerhandlungsfall gegen das Benützungsverbot werde die Stromzufuhr unterbrochen, löst das Problem der fehlenden Kontrollierbarkeit nicht und es sind auch keine anderen geeigneten Massnahmen zur wirksamen Verhinderung einer Zweitwohnungsnutzung ersichtlich. Bauliche Massnahmen scheiden aus, weil eine Nutzung als Erstwohnung möglich bleiben muss. Verlangt werden könnte allenfalls, dass die Möbel entfernt werden. Dies liegt allerdings insofern nicht im Interesse der Beschwerdeführerin, als sie nach eigenen Angaben eine Vermietung als möblierte Wohnungen erwägt. Zudem ist diese Massnahme weniger wirkungsvoll und für die Gemeinde wiederum kaum zu kontrollieren. Die Gemeinde weist sodann zu Recht darauf hin, dass die Versiegelung auch in Art. 17 Abs. 2 ZWG zur Unterbindung unrechtmässiger Zweitwohnungsnutzungen ausdrücklich vorgesehen ist. Die Versiegelung stellt damit die mildeste geeignete Massnahme dar. Sie ist der Beschwerdeführerin auch zumutbar. Die Gemeinde hat in Aussicht gestellt, dass sie für Kontrollen und Wohnungsführungen die Versiegelung unkompliziert aufheben werde. Die Befürchtung der Beschwerdeführerin, sie könne aufgrund der Versiegelung weder Wohnungsbesichtigungen mit Mietinteressenten noch Kontrollen der Wohnungen durchführen, ist damit unbegründet. Die Versiegelung schränkt die Ausübung der Eigentumsrechte der Beschwerdeführerin damit nicht

¹⁰ Art. 9 Baureglement der Einwohnergemeinde Saanen vom 11. März 2011 (GBR)

¹¹ Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 20. März 2015 (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702); Zweitwohnungsverordnung vom 4. Dezember 2015 (ZWW; SR 702.1)

weitergehend ein als es zur Verhinderung einer unrechtmässigen Vermietung als Zweitwohnungen erforderlich ist. Auch wird die rechtmässige Verwendung als Erstwohnungen nicht beeinträchtigt. In Ziffer 2 der Wiederherstellungsverfügung wird ausdrücklich festgehalten, "(d)ie Versiegelung wird aufgehoben, sobald die Grundeigentümerin die Wohnungen an Ortsansässige vermietet hat oder selber als Ortsansässige nutzt." Die angefochtene Ziffer 2 der Wiederherstellungsverfügung ist damit verhältnismässig. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV¹²). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Saanen vom 14. September 2015 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt X. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Saanen, Bau- und Planungskommission, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin