

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/33

Bern, 1. Oktober 2018

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

Herrn **B.** _____
Beschwerdegegner 1

Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 2

Frau **D.** _____
Beschwerdegegnerin 3

Frau **E.** _____
Beschwerdegegnerin 4

sowie

Baupolizeibehörde der Einwohnergemeinde Saanen, Schönriedstrasse 8, Postfach 11,
3792 Saanen

betreffend die drei Verfügungen der Baupolizeibehörde der Gemeinde Saanen vom
30. April 2018 (2016WO45; Hotelmässige Bewirtschaftung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin betreibt eine Hotelanlage mit Stockwerkeinheiten in fremdem Eigentum, welche gemäss Baubewilligung hotelmässig bewirtschaftet werden müssen. Auf baupolizeiliche Anzeige der Beschwerdeführerin hin prüfte die Gemeinde, ob



bei den Stockwerkeinheiten Saanen Grundbuchblatt Nrn. H._____, I._____ und J._____ die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der hotelmässigen Bewirtschaftung eingehalten seien oder ein Benützungsverbot ausgesprochen werden müsse. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs erliess die Gemeinde am 30. April 2018 drei nahezu identische "Feststellungsentscheide", wonach die Bauabnahme und die Bezugsfreigabe am 27. Februar 2018 (Saanen Grundbuchblatt Nr. H._____), am 20. März 2018 (Saanen Grundbuchblatt Nr. I._____) bzw. am 23. März 2018 (Saanen Grundbuchblatt Nr. J._____) erfolgt sei, womit der Anspruch auf hotelmässige Bewirtschaftung mit diesem Datum beginne (Ziffer 1). Beim Verzicht des Wohneigentümers auf eine Weitervermietung seiner Wohnung durch die Leitung des Hotels sei die gesetzlich vorgeschriebene Entschädigung (Ausführungsbestimmungen zum Baureglement Art. 16 Abs. 2) ab Fertigstellung zu entrichten, wobei die Gemeinde bei den Beschwerdegegnern 1-3 auf eine entsprechende Absichtserklärung verweist (Ziffer 2). Zudem hielt die Gemeinde fest, vorbehältlich der Möglichkeit zur Weitervermietung durch das Hotel ab Fertigstellung resp. des Zahlungseingangs gemäss Ziffer 2 sei die Nutzung der Wohnung somit rechtskonform. Auf weitergehende Massnahmen werde zum heutigen Zeitpunkt verzichtet (Ziffer 3). Diese Verfügungen wurden der Beschwerdeführerin am 9. Mai 2018 eröffnet.¹

2. Die Beschwerdeführerin verlangte beim Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen, welches der Entscheid vom 30. April 2018 als Beschwerdeinstanz nennt, eine Fristverlängerung zur Einreichung einer Beschwerde. Dieses leitete die Akten an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) weiter und wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die gesetzliche Frist von 30 Tagen nicht erstreckt werden könne. Mit Schreiben vom 31. Mai 2018, Postaufgabe 4. Juni 2018, Eingang 5. Juni 2018, wandte sich die Beschwerdeführerin bezüglich der drei Verfügungen vom 30. April 2018 der Gemeinde Saanen betreffend die hotelmässige Bewirtschaftung der Stockwerkeinheiten Saanen Gbbl.-Nrn. J._____, H._____ und I._____ an die BVE. Mit Schreiben vom 5. Juni 2018 fragte das Rechtsamt der BVE bei der Beschwerdeführerin nach, ob sie mit dem genannten Schreiben Beschwerde erheben wollte. Dies bejahte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 16. Juni 2018, Eingang am 19. Juni 2018. Das Schreiben vom 31. Mai 2018 wurde daher vom Rechtsamt der BVE als

¹ Vgl. E-Mail vom 19. Juni 2018 der Gemeinde Saanen

Beschwerde entgegen genommen. Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, die Bauabnahme sowie Bezugsfreigabe sei bei allen Wohnungen am 1. Juli 2014 erfolgt und ab diesem Datum seien für alle Wohnungen die gesetzlich vorgeschriebenen hotelmässigen Entschädigungen geschuldet.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², holte bei der Gemeinde die Vorakten und bei der Beschwerdeführerin eine korrekt unterzeichnete Beschwerde ein und führte den Schriftenwechsel durch. Dabei mussten die Beschwerdeantworten des Beschwerdegegners 1 und der Beschwerdegegnerschaft 2 und 3 mit den korrekten Unterschriften ergänzt werden. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

a) Die Gemeinde stellte in den angefochtenen Entscheiden fest, ab wann der Anspruch auf die gesetzlich vorgeschriebene Entschädigung für die hotelmässige Bewirtschaftung geschuldet sei. Die Beschwerdegegnerschaft bringt insbesondere vor, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da es sich um eine privatrechtliche Angelegenheit handle. Die Gemeinde macht unter anderem geltend, die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen seien privatrechtlicher Natur.

b) Das Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen erteilte mit Gesamtbauentscheid vom 20. März 2012 die Bewilligung zum Abbruch von vier bestehenden Gebäuden, zum Neubau einer Hotelanlage mit unterirdischer Einstellhalle und Restaurant sowie zum Neubau einer Residenz mit siebzehn Wohnungen und einer Einstellhalle. Gemäss Ziffer 5.9 dieses Gesamtbauentscheids sind sämtliche Wohnungen, welche auf den Parzellen Saanen Grundbuchblatt Nrn. K._____ und L._____

² 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)

erstellt werden im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Gemeindebaureglement (GBR³) hotelmässig zu bewirtschaften. Die Ausführungsbestimmungen des Gemeinderates über die hotelmässige Bewirtschaftung vom 4. April 1995 seien verbindlich anzuwenden und das zuständige Grundbuch werde angewiesen, für die Aparthotelbauten eine Nutzungsbeschränkung (hotelmässige Bewirtschaftung) anzumerken. Bei Begründung von Stockwerkeigentum sei die Nutzungsbeschränkung auf die jeweiligen Stockwerkeigentümer zu übertragen (Ziff. 5.9).

c) Das Regierungsstatthalteramt erteilte die Baubewilligung vom 20. März 2012 einige Tage nachdem das Volk Art. 75b BV⁴ angenommen hatte. Mit Entscheid vom 22. Mai 2013 entschied das Bundesgericht, der neue Verfassungsartikel sei unmittelbar anwendbar. Soweit der Anteil von Zweitwohnungen in einer Gemeinde bereits erreicht oder überschritten gewesen sei, hätten keine weiteren Baubewilligungen für Zweitwohnungen erteilt werden dürfen. Das Bundesgericht hielt fest, dass Art. 75b BV in weiten Teilen der Konkretisierung durch Ausführungsvorschriften bedürfe. Dies gelte einerseits für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in den betroffenen Gemeinden noch Baubewilligungen für bestimmte, besonders intensiv genutzte Arten von Zweitwohnungen ("warme Betten") erteilt werden dürften. Andererseits sei klärungsbedürftig, ob und inwieweit die Umnutzung von Erst- zu Zweitwohnungen bzw. die Erweiterung und der Ersatz bestehender Zweitwohnungen zulässig sei. Soweit Ausführungsrecht unabdingbar sei, um den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen der Verfassungsnorm definitiv und exakt bestimmen zu können, beschränke sich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 i.V. mit Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV auf ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in den betroffenen Gemeinden bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen. Im Ergebnis komme dieses vorsorgliche Verbot einer Planungszone gleich. Es sei weit auszulegen, um dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen und eine Präjudizierung der künftigen Ausführungsbestimmungen zu vermeiden. Baubewilligungen, die nach dem 11. März 2012 und vor dem 1. Januar 2013 erteilt worden seien, seien anfechtbar. Würden sie nicht angefochten, würden sie in Rechtskraft erwachsen und könnten (vorbehältlich ihres Widerrufs) ausgenützt werden.⁵

³ Baureglement der Einwohnergemeinde Saanen vom 11. März 2011, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 16. Februar 2012

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁵ BGE 139 II 243 insb. E. 9.1, 10.5 und 11

Aufgrund dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt sich vorliegend die Frage, ob das Regierungsstatthalteramt nicht auf die Ausführungsbestimmungen zu besonders intensiv genutzte Arten von Zweitwohnungen ("warme Betten") hätte warten sollen. Da die am 20. März 2012 erteilte Baubewilligung rechtskräftig wurde, ist diese auf jeden Fall gültig (Art. 25 Abs. 4 ZWG) und es bestehen keine Nutzungsbeschränkungen gemäss der Zweitwohnungsgesetzgebung.⁶

d) Gemäss Art. 16 Abs. 2 GBR dürfen in der Hotelzone zusätzlich zu Hotelgebäuden und Hotelanlagen hotelmässig bewirtschaftete Wohnungen erstellt werden. Dazu erlässt der Gemeinderat Ausführungsbestimmungen⁷. Die Ausführungsbestimmungen enthalten nebst der Regelung von Formellem (Ziffer 2.2) und dem Verhältnis zwischen der Anzahl Hotelbetten und der Anzahl der hotelmässig bewirtschafteten Betten (Ziffer 2.3) insbesondere folgende Vorschriften:

2.1 Begriff

Hotelmässig bewirtschaftete Wohnungen sind Wohnungen, die zusammen mit einem Hotelbetrieb erstellt und von diesem bewirtschaftet werden. Die hotelmässige Bewirtschaftung kann durch Vermietung der Wohnungen durch den Hotelbetrieb oder durch eine angemessene Entschädigung an den Hotelbetrieb erfolgen. Der Hotelbetrieb verpflichtet sich andererseits, die Dienstleistungen und Infrastrukturen des Hotels gegen Entschädigung zur Verfügung zu stellen.

2.4 Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft

Im Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft ist folgende Bestimmung aufzunehmen:

Hotelmässige Bewirtschaftung

1. Die Stockwerkeinheiten GBB Nrn. (alle Wohnungen) unterliegen der hotelmässigen Bewirtschaftung gemäss den Bestimmungen von § 3., welche im Grundbuch angemerkt ist
2. Die Stockwerkeinheiten GBB Nrn. (alle Wohnungen) sind in erster Linie zu Wohnzwecken bestimmt. Sie werden jedoch vom Hotelbetrieb "Name" hotelmässig bewirtschaftet. Träger des Hotelbetriebs für die hotelmässige Bewirtschaftung der vorgenannten Stockwerkeinheiten ist der jeweilige Eigentümer der Hoteleinheit Saanen GBB Nr. ...

⁶ Jäger/Hauser, in Stämpfli Handkommentar SHK, 2017, Art. 25 N. 30

⁷ Ausführungsbestimmungen des Gemeinderates über die hotelmässige Bewirtschaftung vom 4. April 1995

3. Die hotelmässige Bewirtschaftung der vorgenannten Stockwerkeinheiten gilt als erfüllt, wenn folgende Bestimmungen eingehalten sind

a Die jeweiligen Eigentümer dieser Räume verpflichten sich, ihre Wohneinheiten der Leitung des Hotels "Name" zur Weitervermietung zur Verfügung zu stellen.

Zwischen dem Wohnungseigentümer und der Leitung des Hotels "Name" ist eine Vereinbarung abzuschliessen, welche die Rechte und Pflichten der Vermieter, Mieter und Untermieter regelt

b Verzichtet der Wohnungseigentümer auf eine Weitervermietung seiner Wohnung durch die Leitung des Hotels "Name", sei es, dass er die Wohnung selbst bewohnt, direkt an Drittpersonen vermietet oder zur Verfügung stellt, so ist er verpflichtet, an die Leitung des Hotels "Name" eine Ausfallentschädigung für Verwaltung, Infrastrukturen, Werbung, usw. zu bezahlen. Dieser Verzicht hat schriftlich vom Wohnungseigentümer an die Leitung des Hotels "Name" zu erfolgen und zwar für die Wintersaison bis spätestens jeweils am 1. Oktober und für die Sommersaison bis spätestens jeweils am 1. April eines jeden Jahres. Mit der Verzichtserklärung wird die Ausfallentschädigung zur Zahlung fällig.

Die Ausfallentschädigung beträgt jährlich pro m² Bruttogeschossfläche (exkl. Erschliessungsflächen ausserhalb der Wohnungen, zB. Lift, Treppen usw.) einer Stockwerkeinheit mindestens

- Fr. 50.- in 5-Sterne-Betrieben
- Fr. 40.- in 4-Sterne-Betrieben
- Fr. 30.- in 3-oder weniger-Stern-Betrieben

In besonders begründeten Fällen sind Abweichungen von diesen Mindestbeträgen möglich.

Die Ausfallentschädigung ist indexiert und richtet sich nach dem Landesindex der Konsumentenpreise (Stand Januarindex 1994 = 139.2; Basis Dezember 1982 = 100)

Steigt oder sinkt der Landesindex um 5 % oder mehr, so steigt oder sinkt auch die Ausfallentschädigung im gleichen Ausmass. Sie darf jedoch den oben festgelegten Mindestbetrag nicht unterschreiten.

Die Ausfallentschädigung reduziert sich bei der Vermietung der Wohnung durch die Leitung des Hotels "Name" während der Oeffnungszeiten des Hotels wie folgt:

Sommersaison (Richtwert ca 40 %

Hochsaison pro 10 Tage

= 5 - 8 %

Ausserhalb der Hochsaison pro 10 Tage = 3 - 5 %

Wintersaison

Hochsaison pro 10 Tage = 7 - 11 %

Ausserhalb der Hochsaison pro 10 Tage = 3 - 7 %

Die genauen Werte sind im Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft festzulegen (es gelten für alle Stockwerkeigentümer im gleichen Hotelbetrieb dieselben Werte).

e) Die Ausführungsbestimmungen sehen damit vor, dass die hotelmässige Bewirtschaftung entweder durch Vermietung der Wohnungen durch den Hotelbetrieb oder durch eine angemessene Entschädigung an den Hotelbetrieb erfolgen kann (Ziffer 2.1). Damit werden die beiden Lösungen grundsätzlich gleichgestellt. Die Ausführungsbestimmungen schreiben zudem vor, dass gewisse Regelungen für die hotelmässige Bewirtschaftung in die Reglemente der Stockwerkeigentümergeinschaften übernommen werden (Ziffer 2.4). So werden gewisse Mechanismen geregelt, wie beispielsweise, dass der jeweilige Eigentümer die Räume dem Hotel zur Weitervermietung zur Verfügung stellt und dazu eine Vereinbarung abschliesst oder er auf die Weitervermietung verzichtet, sei es dass er die Wohnung selbst bewohnt, direkt an Drittpersonen vermietet oder zur Verfügung stellt. Diesfalls ist er verpflichtet, dem Hotel eine Ausfallentschädigung für Verwaltung, Infrastruktur, Werbung usw. zu bezahlen. Der Verzicht hat schriftlich zu erfolgen jeweils spätestens am 1. Oktober oder 1. April. Mit der Verzichtserklärung wird die Ausfallentschädigung zur Zahlung fällig. Nicht geregelt wird, was passiert, wenn keine Vereinbarung abgeschlossen wird und kein Verzicht erfolgt. Die genaue Höhe der Ausfallentschädigung wird ebenfalls nicht festgelegt.

Die Ausführungsbestimmungen regeln damit nur die Grundsätze. Diese sollen gemäss den Ausführungsbestimmungen in die Reglemente der Stockwerkeigentümergeinschaften übernommen und an den Einzelfall angepasst werden. So müssen beispielsweise die Grundbuchblattnummern und der Name des Hotels ergänzt werden. Einzelheiten wie etwa die genaue Höhe der Ausfallentschädigung überlassen die Ausführungsbestimmungen ebenfalls den Reglementen der Stockwerkeigentümergeinschaften.

f) Das Nutzungs- und Verwaltungsreglement der Liegenschaft Saanen Grundbuchblatt K. _____⁸ beinhaltet in Art. 7 entsprechende Regelungen zur hotelmässigen Bewirtschaftung und ergänzt diese: Solange es an einer Vereinbarung zur Weitervermietung durch den Betreiber der Hotelliegenschaft fehlt, verzichten die jeweiligen Eigentümer der Stockwerkliegenschaften automatisch auf die hotelmässige Bewirtschaftung und sind verpflichtet, eine Ausfallentschädigung von jährlich Fr. 35.--/m² oberirdische Nettowohnfläche zu bezahlen. Diese Ausfallentschädigung ist ab Bezugsbereitschaft der Gebäude zahlbar.

Im vorliegenden Fall ist strittig, ab wann die Ausfallentschädigung geschuldet ist (Beschwerdegegnerschaft 1-3). Zu klären ist zudem, ob eine Ausfallentschädigung bezahlt werden muss, wenn kein Vertrag für die Weitervermietung zustande kommt (Beschwerdegegnerin 4). Das öffentliche Recht sieht nur die Verpflichtung zur Übernahme und Präzisierung der Bestimmungen zur hotelmässigen Bewirtschaftung in das Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft vor. Die Antwort zu den vorliegend zu beantwortenden Fragen liegt hingegen in der Auslegung des Reglements der Stockwerkeigentümergeinschaft. Diese Aufgabe kommt nicht der Baupolizei oder der BVE als Beschwerdeinstanz, sondern der zuständigen zivilrechtlichen Instanz zu. Auf die Beschwerde wird aufgrund fehlender Zuständigkeit nicht eingetreten.

Nach dem Gesagten hätte die Baupolizei auf die Anzeige nicht eintreten sollen. Ergeht ein Sachentscheid, obwohl eine Verfahrensvoraussetzung nicht erfüllt ist, so liegt ein Anfechtungsgrund vor. Nichtig ist die Verfügung deswegen aber nicht, es sei denn, die Behörde sei offensichtlich unzuständig gewesen. Ist eine Verfügung in dieser Hinsicht mangelhaft, so hebt sie die angerufene Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auf oder entscheidet unter Berücksichtigung des Prozessmangels neu.⁹ Die Unzuständigkeit ist vorliegend keine offensichtliche, da auch das öffentliche Recht Bestimmungen zur hotelmässigen Bewirtschaftung enthält. Die angefochtene Verfügung ist daher nicht nichtig. Sie wird aufgehoben. Eine Weiterleitungspflicht im Sinne von Art. 8 Abs. 2 VRPG¹⁰ besteht vorliegend nicht, da nicht klar ist, ob und wie die Beschwerdeführerin einen Zivilprozess

⁸ Beilage 2 zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 16. Juni 2018

⁹ VGE 2015/76 vom 15. Februar 2016, E. 2.6; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 51 N. 13

¹⁰ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

einleiten will. Zudem genügen die im Beschwerdeverfahren gemachten Eingaben der Form für eine zivilprozessuale Durchsetzung vermutlich nicht.

2. Verfahrenskosten

- a) Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Vorliegend werden keine Kosten erhoben.
- b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

- 1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten. Die Verfügungen der Gemeinde Saanen vom 30. April 2018 werden von Amtes wegen aufgehoben.
- 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
- 3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A._____, eingeschrieben
- Herrn B._____, eingeschrieben
- Herrn C._____, eingeschrieben
- Frau D._____, eingeschrieben
- Frau E._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Einwohnergemeinde Saanen, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident